



Università degli Studi dell'Insubria

Dottorato di Ricerca in "Diritto e Scienze Umane"

(Law & Humanities)

XXIX ciclo

Coordinatore: Prof. Maurizio Michele Cafagno, Prof.ssa Barbara Pozzo

Il diritto alla terra dei popoli indigeni in prospettiva comparata.

Il caso dell'America latina.

Settore scientifico-disciplinare: IUS/21

Dottoranda:

Laura Alessandra Nocera

Tutor:

Prof.ssa Angela Di Gregorio

Prof.ssa Gabriella Mangione

Indice

Premessa

1. La metodologia del lavoro	p. 6
2. Diritto dei colonizzatori e diritto indigeno in America latina: cenni storici	p. 12
3. Popolo indigeno, popolazione e minoranza	p. 18

Capitolo I – I diritti dei popoli indigeni e la loro protezione nel panorama internazionale e comparato

1. La tutela internazionale dei popoli indigeni	p. 21
1.1 La protezione dei diritti dei popoli indigeni nel XX secolo	p. 21
1.2 La tutela in ambito ONU e il criterio di auto-identificazione	p. 31
2. La tutela dei popoli indigeni nel diritto comparato	p. 37
2.1 Inquadramento generale	p. 37
2.2 I nativi del Nord-America	p. 39
2.3 Gli aborigeni australiani e i maori neozelandesi	p. 45
2.4 I saami dell'Artico scandinavo	p. 53

Capitolo II – Costituzionalismo e diritti dei popoli indigeni in America latina

1. Le transizioni costituzionali alla democrazia	p. 59
2. Il <i>nuevo constitucionalismo</i> latino-americano	p. 68
2.1 Il paradigma pluriculturale e la consuetudine indigena	p. 68
2.2 Il riconoscimento costituzionale della proprietà comunitaria indigena delle terre ancestrali: tra <i>commons</i> e diritti umani	p. 72
3 Le garanzie costituzionali: diritto degli <i>amparo</i>	p. 78
3.1 Origine dell'istituto di <i>amparo</i>	p. 78
3.2 Funzione del ricorso di <i>amparo</i>	p. 80
3.3 Procedimento del ricorso di <i>amparo</i> . Caratteristiche comuni e	

differenze tra i Paesi latino-americani	p. 82
3.4 L' <i>amparo</i> collettivo	p. 84
3.5 <i>Defensor del pueblo</i>	p. 85
3.6 Differenze tra l' <i>amparo</i> latino-americano e quello europeo	p. 87

Capitolo III – La tutela della terra comune indigena negli ordinamenti giuridici degli Stati latino-americani

1. Il caso del Paraguay	p. 89
1.1 Dalla decolonizzazione alla democrazia: cenni storici	p. 89
1.2 La questione indigena prima della riforma costituzionale del 1992	p. 92
1.3 La Costituzione del 1992 e la legislazione successiva: il riconoscimento della proprietà comunitaria della terra indigena	p. 96
1.4 L'intervento della giurisprudenza interamericana: il caso delle popolazioni del Chaco	p. 98
2. Il caso dell'Argentina	p. 100
2.1 Dalla decolonizzazione alla democrazia: cenni storici	p. 100
2.2 La questione indigena prima della riforma costituzionale del 1994	p. 104
2.3 La riforma costituzionale del 1994 e la legislazione successiva: il riconoscimento delle terre indigene	p. 109
2.4 L'evoluzione del diritto alla proprietà comunitaria indigena nella giurisprudenza della Corte Suprema	p. 115
2.5 Il caso del popolo mapuche	p. 120
3. Il riconoscimento giuridico dei diritti degli indigeni e la restituzione delle terre ancestrali negli altri Stati latino-americani	p. 125

Capitolo IV – La Corte interamericana dei diritti umani e il diritto alla terra comune indigena

1. Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani	p. 138
--	--------

2. La protezione dei diritti degli indigeni e la restituzione delle terre comuni indigene nella giurisprudenza della Corte interamericana	p. 142
2.1 Le pronunce della Corte IDH sul diritto di proprietà delle comunità indigene	p. 142
2.2 Le linee interpretative della Corte IDH sulla proprietà comunitaria indigena	p. 154
<u>Conclusioni</u>	p. 162
<u>Bibliografia</u>	p. 171

*"Prendi tua figlia ed insegnale lo splendore della disobbedienza.
È rischioso, ma è più rischioso non farlo".*

(Sofocle, "Antigone"¹)

¹ Sofocle, *Antigone*, Rizzoli, BUR, Milano 2003.

Premessa

1. La metodologia del lavoro

L'America latina è l'area geografica più culturalmente ed etnicamente stratificata². In tutto il territorio latinoamericano (America meridionale, America centrale e gran parte del Messico) sono presenti più popoli indigeni³ di qualsiasi altra parte del pianeta. Ciò ha portato ben presto a "normativizzare" i diritti dei popoli indigeni latinoamericani, creando e sviluppando, col tempo, una prassi costituzionale innovativa.

Le istanze dei popoli indigeni latinoamericani, inoltre, hanno spinto alla teorizzazione di nuovi istituti e nuovi diritti, che nelle usanze indigene vantano le loro radici, facendo diventare, oggi, l'America latina un vero laboratorio costituzionale. Infatti, la composizione della popolazione, fortemente variegata sia dal punto di vista etnico che culturale, al di là delle suddivisioni tra Stati, ha portato a una ridefinizione dell'equilibrio costituzionale, a partire proprio dalla rilettura del rapporto colonizzatore-indigeno che, sin dalla scoperta delle Americhe, ha caratterizzato la storia politica e giuridica del continente americano. Da un primo riconoscimento della diversità della componente indigena, all'interno di ciascuno Stato nazionale, si è oggi arrivati a un riconoscimento più complesso che, particolarmente in America latina, ha trovato il suo sviluppo più

² Le popolazioni indigene presenti in America latina sono attualmente 522 e sono riconducibili ai seguenti gruppi etnici principali: Quechua, Maya, Aymara, Nahutal, Mapuche, Zapoteco, Guajiro, Misquito, Otomi, Garifuna, Lenca Totonaca Paez, Ngobe, Su Btiava. Si rinvia, sul punto, alla lettura di: A. Rosenblat, *La población indígena y el mestizaje en América: La población indígena 1492-1950*, Tomo I, Editorial Nova, Buenos Aires 1954; F. Lizcano Fernández, *Iberoamérica: un área cultural heterogénea*, Universidad Autónoma del Estado de México 2007; T. Zamudio, *Indígenas con presencia en América*, su www.indigenas.bioetica.org.

³ Per evitare ripetizioni, il termine "indigeno" potrà essere sostituito, nel corso della trattazione, con i termini sinonimici "aborigeno" (dal latino *ab origine*), "autoctono" o "ctonio" (dal greco *χθόνιος*) o, più semplicemente, "nativo", con riferimento all'originarietà delle popolazioni indigene.

caratteristico. La relazione tra indigeni e colonizzatori, infatti, ha seguito due linee-guida: quella del riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni, spettanti come diritti umani individuali a ciascun nativo e come diritti umani collettivi ai singoli gruppi, le cui peculiarità risiedono nella cultura e nella continuità storica; quella del riconoscimento di un "diritto indigeno" (*derecho indígena*), o, meglio, di una consuetudine aborigena nell'autoregolarsi e nel mantenere vive le proprie tradizioni all'interno del sistema delle fonti del diritto statale. Sul primo versante, la componente indigena ha richiesto un'estensione dei diritti umani spettanti a individui e a gruppi in quanto "popolo indigeno", cioè minoranza speciale e, quindi, oggetto di maggiore tutela; il secondo riconoscimento giuridico, invece, ha portato a un nuovo impatto politico-ideologico tra diritto principale, scritto e cristallizzato come diritto statale, e diritto suppletivo, derivante da una dimensione più culturale che legale⁴.

Con il nuovo riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni e con la rilettura della consuetudine indigena, è affrontata la tematica della gestione delle risorse naturali e, in particolare, della terra storicamente appartenuta agli indigeni. Terra e popolo, secondo la cultura indigena, sono unite da un rapporto simbiotico, in cui la terra è la *Pacha Mama* (Terra Madre come identificazione della natura) all'interno della quale si esplica il concetto del *bien vivir* (vita come parte integrante della natura). Perciò, l'esistenza stessa di un gruppo dipende dalla sua identificazione in un determinato territorio, di cui è riconosciuta l'occupazione storica da parte di una popolazione, e dalla sua preservazione naturale (*aboriginal subsistence*). Questo porta alla valorizzazione del bene "terra" come bene comune, d'accordo con la cultura e la consuetudine giuridica indigene. Si tratta di un riconoscimento che incardina una tutela ulteriore dei diritti dei popoli indigeni, inserendosi nel più ampio dibattito odierno dei beni comuni e creando delle possibili soluzioni alternative, in America latina, alla classificazione dicotomica di beni privati e beni pubblici⁵.

⁴ R. Stavenhagen, *Derecho consuetudinario indígena en América Latina*, in R. Stavenhagen e D. Iturralde (a cura di), *Entre la ley y el costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Istituto Indigenista Interamericano, Messico 1990.

⁵ E.R. Zaffaroni, *Pacha Mama, Sumak Kawsay y Constituciones*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*,

Il metodo utilizzato per la mia ricerca è quello della comparazione giuridica, cioè uno studio del diritto che si riferisce non tanto (e non solo) al raffronto tra diversi modi in cui sono utilizzate e intese le formule autoritative nell'ambito di un ordinamento giuridico, ma a una "*comparazione che si compie a scavalco tra più ordinamenti giuridici*"⁶. Nel particolare, la mia indagine è di diritto costituzionale comparato, il cui oggetto di studio, per usare le parole di un illustre studioso, è la norma "verbalizzata", cioè adoperata come "*consapevole e deliberato strumento di organizzazione sociale*"⁷. Per il mio studio di diritto costituzionale comparato, mi sono avvalsa anche degli strumenti adoperati dalla scienza della politica, che studia le forme di governo e i meccanismi istituzionali, perché dimensione "giuridica" e dimensione "politica" possano acquisire e avvalersi a vicenda dei risultati dei propri studi. Fondamentale, ai fini della presente indagine, è la storia, che consente di seguire lo sviluppo degli eventi storici come determinante del continuo mutamento dei valori normativi di un ordinamento. Anche la sociologia ha un ruolo importante, dal momento che la società nasce dalla condivisione del medesimo apparato normativo, come pure l'antropologia, per il particolare studio che ricostruisce le modalità di vita e di organizzazione delle comunità aborigene, senza tralasciare la loro personale storia culturale come determinante per il confronto in campo giuridico nella situazione odierna. Tutti questi strumenti sono necessari perché la comparazione giuridica deve riferirsi a tutti quegli atti che utilizzano norme con le quali si cerca di imprimere un certo ordine a un certo gruppo sociale (norme costituzionali, legislazione, giurisprudenza delle Corti, prassi amministrativa, consuetudine, dottrina...) e, quindi, si richiama al "diritto vivente" (o in azione), in continuo mutamento, in accordo con la società, all'interno di precisi limiti temporali⁸.

La presente trattazione è introdotta, di seguito, da una premessa storica, il cui compito è quello di enucleare il rapporto tra diritto degli indigeni e diritto dei

II/2012; C.G. Barré, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América latina: un panorama*, Editorial Abya Yala, Quito 2003.

⁶ G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino 1994, p. 75.

⁷ Idem, p. 12.

⁸ Idem, pp. 82-86. Cfr. Con: R.Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino 1992.

colonizzatori nella storia, con particolare riferimento all'America latina, tentando di focalizzare il legame simbiotico tra "popolo indigeno" e "terra" (in rappresentanza metonimica per la natura, ma anche per l'esistenza). La questione del diritto alla terra dei popoli indigeni è, poi, analizzata, in prospettiva comparata, seguendo una logica che va dal generale al particolare, e strutturata in quattro capitoli.

Il primo capitolo fornisce un inquadramento della tutela dei diritti dei popoli indigeni nel panorama internazionale e comparato. In particolare, la prima parte del capitolo si pone come obiettivo di considerare la protezione dei diritti umani a livello internazionale: la tutela dei diritti dei popoli indigeni è stata, infatti, affrontata da due Convenzioni OIL (105/57 e 169/89) e dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni (approvata il 13 settembre 2007). La seconda parte del capitolo, invece, considera la tutela delle popolazioni native e della proprietà collettiva delle loro terre storiche nel diritto comparato, facendo riferimento ad alcune situazioni cosiddette "virtuose", poiché hanno conosciuto un'estensione della tutela dei diritti dei popoli indigeni e delle terre aborigene a prescindere dalle garanzie provenienti (o meno) dal diritto internazionale. Sono analizzati, in tal modo, i casi dei nativi nord-americani (Stati Uniti d'America e Canada), delle popolazioni aborigene australiane, dei maori neozelandesi e, infine, dei nomadi saami abitanti l'Artico scandinavo⁹.

Il caso latino-americano è affrontato nei restanti tre capitoli, come *species* particolare alla quale va l'attenzione della presente ricerca comparata.

Il secondo capitolo, infatti, ha il suo punto focale nel cosiddetto *Nuevo Constitucionalismo*, cioè nelle riforme costituzionali e nella stesura di nuove Costituzioni, che, a partire dalla fine degli anni '80 – inizi anni '90 del XX secolo, hanno segnato la fase, pressoché comune per la maggior parte degli Stati latino-americani, di transizione dai regimi autoritari e militari alla democrazia. Il *Nuevo Constitucionalismo*, nel riconoscere la presenza indigena all'interno degli Stati e

⁹ F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford 2008; A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008.

nell'integrare i diritti umani garantiti e tutelati dal diritto internazionale, accoglie l'identità indigena presente nelle radici costituzionali latino-americane. Le fonti del diritto devono, pertanto, contemplare quella consuetudine giuridica indigena, che non sia in contrasto con i diritti umani. Questo comporta un passaggio-chiave: dal riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni a quello del diritto consuetudinario indigeno e, di conseguenza, alla restituzione delle terre originarie alle comunità indigene, ma anche all'identificazione della terra come "bene comune", *tertium genus* tra pubblico e privato, la cui potenzialità economica risiede proprio nella sua preservazione e nella sua gestione in modo responsabile, dovere della comunità che ne usufruisce. Gli indigeni, in quanto custodi delle risorse naturali, sono assurti come ideal-tipo di *governance* dei beni comuni, per cui la conservazione del valore di un bene e la sua funzionalità economica sono strettamente connessi¹⁰.

Il terzo capitolo fornisce un *frame* di come è stata concepita effettivamente la tutela della terra comune indigena all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati latino-americani¹¹. In particolare, si analizzano due casi, il Paraguay e l'Argentina. Entrambi gli Stati, infatti, pur non vantando l'originalità di alcune più recenti riforme latino-americane, hanno contemplato nelle loro carte costituzionali un'ampia tutela dei diritti dei popoli indigeni e della consuetudine giuridica aborigena, impegnandosi a garantire la restituzione delle terre originarie alle comunità native. Tuttavia, in tutti e due i Paesi, alla tutela formale delle Costituzioni e della legislazione speciale non corrisponde una pari tutela sostanziale ed effettiva. Il più delle volte, sono gli interventi di tribunali e giudici a tentare di realizzare la restituzione delle terre aborigene, interpretando leggi e

¹⁰ M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità. Il nuovo costituzionalismo andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II; M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e nuovo costituzionalismo in America Latina*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II; G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II; V. Cabedo Mallol, *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Colección Amadis, Madrid 2004; M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre Corte, Napoli 2012.

¹¹ S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011; A. Tommaselli, *Tutela dei popoli indigeni in America latina: equilibri tra costruzioni costituzionali e standard internazionale*, in G. Poggeschi (a cura di), *Le iperminoranze*, Pensa editore, Lecce 2012.

atti esecutivi con una giurisprudenza costituzionalmente orientata e arricchita dei valori provenienti dal diritto internazionale e dalla tutela fornita dalle decisioni della Corte interamericana dei diritti umani¹².

Il quarto capitolo, che chiude l'analisi del caso latino-americano e della protezione del diritto alla terra dei popoli indigeni, tratta il funzionamento della Corte interamericana dei diritti umani, alcuni suoi interventi in casi esemplari, che hanno contemplato e garantito la restituzione delle terre alle comunità indigene, e la sua influenza sulla legislazione e sulla giurisdizione interna degli Stati latino-americani. Gli ordinamenti latino-americani, infatti, si rapportano alla disciplina internazionale, seguendo una dottrina monista a vocazione "internazionalista", per cui diritto internazionale e diritto nazionale degli Stati si riconducono a un sistema unitario di norme. Questo fa sì che i principi di diritto internazionale entrino nel diritto interno, costituendone il suo fondamento, e che i trattati internazionali acquisiscano immediatamente una supremazia nella gerarchia delle fonti, inferiore solo alla Costituzione¹³. In tal modo, le sentenze della Corte Interamericana hanno carattere di obbligatorietà e, in virtù della Convenzione interamericana del 1969, non solo risultano vincolanti per gli Stati ai quali sono indirizzate, ma costituiscono dei principi validi per tutti gli Stati firmatari. Recentemente, con il ritorno dell'America latina allo stato di diritto, le decisioni della Corte hanno svolto una funzione di cambiamento e di ampliamento della tutela dei diritti umani, inserendosi perfettamente nella nuova protezione accordata agli indigeni, con particolare riferimento a quella valorizzazione del legame tra popolo e terra,

¹² M. Rosti, *Gli indios e la terra nell'attuale Costituzione argentina*, in M. Losano (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Giuffrè, Milano 2004; E. Prieto, *La repubblica del Paraguay e i diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, op.cit.

¹³ Alcuni ordinamenti latino-americani vanno oltre la dottrina monista "pura", ponendo in una posizione di parità o addirittura di supremazia alcuni trattati internazionali rispetto alla Costituzione. È il caso dell'Argentina, la cui Costituzione all'art.75 inc.22 (come modificato dalla revisione costituzionale del 1994) parifica alcuni trattati alla Costituzione (e.g., Convenzione interamericana dei diritti umani, Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale), garantendo la possibilità per altri trattati in tema di diritti umani, se approvati con una maggioranza dei 2/3, di avere la medesima forza delle disposizioni costituzionali. Altri ordinamenti (e.g., art.2 Costituzione del Messico, art.424 Costituzione dell'Ecuador) garantiscono un'applicazione preferenziale sulla Costituzione ai trattati che contemplano una protezione dei diritti umani più ampia rispetto a quella della Carta fondamentale.

che sta alla base delle restituzioni storiche e delle proprietà collettive indigene. Dalla sentenza *Awas Tigni vs. Nicaragua*¹⁴, che ha aperto la via alla restituzione delle terre storiche indigene, fondandosi sul legame ancestrale degli indigeni con la terra, le decisioni della Corte hanno acquisito maggiore importanza, riscrivendo e integrando le lacune presenti negli ordinamenti nazionali in materia di diritti dei popoli indigeni¹⁵.

2. Diritto dei colonizzatori e diritto indigeno in America latina: cenni storici

La scoperta delle Americhe pose, per la prima volta, gli uomini europei di fronte a popolazioni dapprima ignote, lontane per territorio, usi e costumi, ed estranee a qualsiasi dinamica del mondo occidentale¹⁶. I colonizzatori occidentali mantennero, inizialmente, l'erronea definizione di *indio* per identificare in una sola volta tutti i nativi del Nuovo Mondo, ma anche per indicare qualcosa di diverso, di "altro da sé", rispetto al "già noto"¹⁷. L'*indio* divenne, semplicemente, il non-colono, il nativo che si faticava a comprendere perché cresciuto "fuori dalla grazia di Dio" e, proprio per questo, punto di riferimento in astratto di tutte le

¹⁴ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza del 31 agosto 2001. Serie C n° 66 e n° 79.

¹⁵ R. Hernández Valle, *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid 2011; J.F. García e S. Verdugo, *Radiografía política al sistema interamericana de DD.HH.*, Serie Informe Justicia, Santiago del Chile 2011; O. Ruiz Chiriboga e G. Donoso, *Pueblos Indígenas y la Corte interamericana: Fondo y Reparaciones*, Corte Interamericana ediciones. Per le sentenze richiamate, si rinvia alla consultazione del sito: corteidhr.or.cr.

¹⁶ Per un inquadramento storico generale, si rinvia a: F. Morales Padrón, *Historia general de América*, Espasa Calpe, Buenos Aires 1962. Per un approfondimento sull'incontro dei colonizzatori con le civiltà indigene, si rinvia alla lettura di: C. Todorov, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Einaudi 1984; J. Alcina Franch, *El indianismo de Fray Bartolomé De Las Casas*, in J. Alcina Franch (a cura di), *Indianismo e indigenismo en América*, Alianza Editorial, Madrid 1990, pp. 34-44. Per un confronto con le fonti storiche originali del periodo, si rinvia, infine, ai documenti, consultabili anche online, di: B. De Las Casas, *Istoria o Brevissima relatione della distruzione dell'Indie Occidentali*, Venezia 1643; G. Fernandes de Oviedo, *Historia general y natural de las Indias, islas y tierra firme del mar oceano*, Madrid 1535; F. De Vitoria, *De Indiis et de iure belli relectiones*, Salamanca 1539.

¹⁷ R. Cammarata, *Indigeno a chi?*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 61 e ss. Sul punto, si rinvia anche a: F. Camara Barbachano, *Identidad y etnicidad indígena histórica*, in J. Alcina Franch (a cura di), op.cit, pp. 69-101.

inclinazioni negative presenti nella natura umana. L'identità indigena nacque proprio in quel momento, come ricostruzione in negativo rispetto all'identità dei colonizzatori¹⁸.

Da un punto di vista giuridico, dopo un iniziale dubbio se considerare "umani" gli "abitanti selvaggi" delle nuove terre scoperte¹⁹, l'*indio* fu qualificato come soggetto libero, ma con uno *status* giuridico particolare e diverso rispetto a quello del colono europeo. Infatti, visto che le nuove terre erano considerate un'estensione della madrepatria, la popolazione ivi abitante doveva necessariamente essere composta da uomini liberi. Di fatto, però, la notevole differenza di civiltà non permetteva di considerare i nativi alla pari dei coloni, ragione per cui la dottrina giuridica spagnola elaborò presto il concetto di *miserabilidad*, costruito sulla categoria derivante dallo *ius commune* e dalla tradizione romanistica della *persona miserabilis*²⁰. L'indigeno, pur soggetto libero abitante l'impero coloniale, era affetto da un'inferiorità fisica e giuridica rispetto ai coloni europei: il suo *status* lo tutelava in quanto "minore" con dei privilegi giuridici particolari (*privilegia* o *iura singularia*), non dissimili da quelli dei *rusticos* dell'antico retaggio medievale, e, al tempo stesso, lo preparava alla fuoriuscita dalla condizione di barbarie e allo sviluppo in senso europeo e cristiano²¹. All'iniziale intento discriminatorio si andava affiancando, quindi, una tutela, seppur minima ed embrionale, della diversità indigena, la cui peculiarità doveva essere protetta dagli stessi coloni europei. Con tali finalità, nacquero nelle colonie spagnole americane istituzioni come il *Protector de Indios*²².

L'inferiorità giuridica tutelava, pur limitatamente, alcune posizioni soggettive dei singoli nativi. Secondo l'autorevole dottrina giuridica dell'epoca,

¹⁸ A. Jiménez, *Imagen y culturas: consideraciones desde la antropología ante la visión del indio americano*, in Aa. Vv., *La imagen del indio en la Europa moderna*, Sevilla 1990.

¹⁹ Dopo diverse incertezze sulla questione, l'imperatore Carlo V stabilì nella *Junta de Valladolid* (1550-1551) che gli *indios* americani erano in possesso di un'anima e, quindi, dovevano essere considerati "umani".

²⁰ J.M. García Añoveros, *La idea, "status" y función del Indio en Juan de Solozarno Pereira*, Madrid 1996, pp. 111-117.

²¹ A.M. Hespanha, *Sabios y rusticos. La dulce violencia de la cultura en la edad moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 17-60.

²² T. Duve, *La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el derecho indiano*, in M.G. Losano (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 3-34.

che faceva capo alla Scuola di Salamanca e alle opere di Francisco de Vitoria, il *privilegium* consentiva la creazione di un tribunale separato per le questioni indigene, che rispondeva solo alla Corona. Inoltre, a favore di una rapida cristianizzazione dei nativi, era concesso il beneficio dell'irresponsabilità per dolo e della tutela in ambito giudiziale e per affari di straordinaria amministrazione (i semplici atti di commercio, invece, erano possibili senza tutela). Infine, gli indigeni non erano soggetti a contumacia processuale. Si affermò presto anche l'idea che le terre delle nuove conquiste fossero di proprietà originaria indigena, per cui le popolazioni native dovevano godere della *restitutio in integrum* dei territori loro requisiti nelle prime fasi dell'occupazione europea. I nuovi domini, infatti, erano considerati una semplice estensione della madrepatria, perciò diretta proprietà della Corona²³.

Tuttavia, agli indigeni era ignoto il concetto di proprietà privata, così come concepito dal diritto europeo: la terra indigena apparteneva, come semplice possesso, a un'intera comunità, che si riconosceva in un'unica origine e cultura comune, vivendo in stretta relazione con la terra e l'ambiente circostante. Non esisteva un'idea di *dominium* come inteso già dal diritto romano, cioè una stretta connessione tra la cosa posseduta e il possessore, tale da rimarcare la signoria assoluta di quest'ultimo sulla cosa posseduta. Tramite una *fictio* giuridica di derivazione romanistica, gli indigeni, in quanto abitanti originari, erano considerati, dunque, dei semplici "possessori" *uti dominus*, con carattere di *quasi* usufrutto, di terre rientranti nella proprietà della Corona e delle quali i colonizzatori avevano diritto a trarne benefici come legittimi occupanti²⁴. Dal momento che lo *status personae* degli indigeni era viziato da inferiorità e non rientrava nella loro consuetudine giuridica la proprietà della terra, i colonizzatori si avvalsero dell'istituto dell'*encomienda*, prevista e specificata dalle *Ordenanzas de Población* del 1573, per gestire il rapporto con le terre indigene. In questo

²³ M.P. Martini e F. Mayorga Garcia, *Los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras de comunidad. Del nuevo reino de Granada a la República de Colombia*, in M. Losano (a cura di), op.cit., pp. 35-73.

²⁴ S. Schipani, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo*, in G. Visintini (a cura di), *Il diritto dei Nuovi Mondi*, CEDAM, Padova 1992.

modo, i territori di esclusivo possesso indigeno erano legittimamente affidati ai coloni europei non proprietari, i cosiddetti *encomenderos*, con il compito precipuo di tutelare i nativi "inferiori", per garantirne l'avvicinamento alla civiltà europea e alla religione cristiana. Il titolo di *encomendero* era una carica istituzionale data dalla Corona, unica proprietaria delle terre conquistate, e non era trasmissibile in via ereditaria. Tale titolo obbligava al pagamento di un tributo, derivante dallo sfruttamento del terreno e, quindi, dal lavoro delle comunità indigene ivi residenti. Ciò giustificava l'abuso di potere da parte degli *encomenderos* nei confronti delle popolazioni autoctone, che, di fatto, erano totalmente private di qualsiasi sovranità su terre formalmente riconosciute come indigene²⁵.

Esisteva un altro istituto atto a regolare il rapporto tra colonizzatori europei e indigeni e l'utilizzo da parte indigena delle terre originarie: la *mita*. Quest'ultima, di derivazione *inca*, riguardava la sola prestazione lavorativa da parte dei singoli nativi, obbligati a ripagare la possibilità di possedere le terre originarie tramite il lavoro gratuito per l'amministrazione governativa. Il governo iberico la impiegava, prevalentemente, per il lavoro nelle miniere o per la realizzazione della rete stradale ed era spesso un'alternativa valida al regime troppo opprimente delle *encomiendas*.

La peculiarità sociale delle colonie iberoamericane favorì la nascita di un diritto che contemplava la complessità di tradizioni giuridiche e culturali del nuovo continente. Vigevano, pertanto, tre categorie di fonti giuridiche, tutte egualmente valide ed efficaci: il diritto castigliano (*derecho castellano*), il diritto indiano (*derecho indiano*) e il diritto indigeno (*derecho indígena*). Il primo era il diritto proveniente dalla madrepatria e costituiva il substrato giuridico generale per tutti i territori dell'impero coloniale. La specificità delle colonie americane, tuttavia, richiedeva una risposta giuridica che si prendesse cura dei singoli casi particolari e che comprendesse le peculiarità del nuovo mondo. La popolazione delle colonie, infatti, era fortemente variegata anche per la forte componente indigena presente, mentre le esigenze stesse delle nuove terre americane

²⁵ M. Rosti, *Gli indios e la terra nell'attuale Costituzione argentina*, in M. Losano (a cura di), *op.cit.*, p. 80.

differivano sotto molti aspetti da quelle della madrepatria. Inoltre, la lentezza delle comunicazioni non andava a favore di un intervento giuridico efficace e immediato secondo il diritto castigliano. Occorreva, perciò, una realtà giuridica specifica, costruita *ad hoc* per la situazione latinoamericana. S'impose il "diritto indiano", un diritto casistico e particolare, elaborato caso per caso e in continua evoluzione, che aveva le sue fonti in disposizioni legislative specificamente dirette al nuovo continente ed emanate dalla Corona, coadiuvata, per l'occasione, dal *Consejo de Indias*²⁶, così come dai vari funzionari pubblici locali preposti al governo delle Indie²⁷. Da questo momento, si iniziò a parlare di *casuismo* indiano. La fonte principale del diritto nelle colonie, pertanto, era costituita dalle disposizioni normative dei viceré e dei governatori. Norme importanti provenivano anche dalle istituzioni locali (*alcalde*, *cabildo* e *corregidor*)²⁸. Il diritto indiano, inoltre, conteneva anche tutti quegli accordi di diritto internazionale stipulati tra le entità indigene e i colonizzatori²⁹.

Il "diritto castigliano" rivestiva un ruolo suppletivo nei confronti del "diritto indiano", fonte principale della realtà giuridica latinoamericana. Si creava, così, un nuovo substrato giuridico, completamente originale, costituito da una compresenza di "diritto indiano", maggiormente adeguato ai casi specifici, e "diritto castigliano", per la generalità delle disposizioni normative. La peculiarità del sistema giuridico nelle colonie americane, però, consisteva nella diversità e nella complessità dei diritti dei popoli nativi. I coloni iberici confermarono la

²⁶ Il *Consejo de Indias* era l'organo più importante dell'amministrazione dell'impero spagnolo e aveva competenza legislativa, esecutiva e giudiziaria.

²⁷ Le colonie spagnole erano divise in quattro viceregni (Nueva España, Perú, Nueva Granada e Río de la Plata), governati da un viceré. L'amministrazione dei viceregni era, poi, divisa in *distritos* (con a capo un'*audencia*), *provincias* (sottoposta al *gobernador*) e *capitanías generales*.

²⁸ L'*alcalde* (sostituito nel XVIII secolo dall'*intendente*) amministrava la giustizia e comandava la milizia cittadina. Il *cabildo*, istituto misto indigeno-castigliano, era il rappresentante legale della comunità davanti alla Corona e punto di congiunzione tra autorità diverse (castigliane, indigene ed ecclesiastiche). Il *corregidor* amministrava comunità isolate, nella protezione dei diritti degli indigeni. Per un approfondimento sulle istituzioni delle colonie iberoamericane, si rinvia a: A. Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México 1994.

²⁹ S. Schipani, *Riconoscimento del sistema. Interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, 21/2007, pp. 3 e ss.

validità dei "diritti indigeni" per i popoli autoctoni. Reputarono, infatti, che il "diritto consuetudinario indigeno" (*costumbre*) avesse un'efficacia maggiore sulla popolazione nativa, in quanto si identificava in un diritto sociale con base normativa, per cui era compito stesso del corpo sociale garantirne l'ottemperanza. I vari diritti indigeni, laddove ciò era possibile e non in contrasto con il diritto della madrepatria e con i principi della religione cristiana, furono catalogati come *fueros*, cioè come diritti locali e consuetudinari, privilegio "pratico" fornito esclusivamente ai nativi, e inseriti forzatamente nel complesso sistema giuridico "diritto castigliano/diritto indiano"³⁰.

Durante il XIX secolo, con la dissoluzione degli imperi coloniali spagnolo e portoghese, i nuovi Stati latino-americani rivendicarono la loro distinta nazionalità, con un popolo e una cultura univoca, a imitazione dei coevi Stati nazionali europei. Le diversità tra strati di popolazione e/o tra etnie erano emblema del diritto dell'antico regime e, come tali, non potevano coesistere con il nuovo concetto di nazione. Il diritto dei nuovi Stati affondava le proprie radici nei principi rivoluzionari di libertà ed eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, senza alcuna diversificazione di *status* giuridico o di consuetudini, nella supremazia della legge e del parlamento e nel diritto alla proprietà privata, come cardine e struttura della nuova società. Il concetto-chiave era quello di "persona", unità fondamentale del nuovo Stato e destinataria di tutte le disposizioni normative, valide *erga omnes*. Si negava, pertanto, il ruolo giuridico di gruppi e comunità.

L'eguaglianza sociale non lasciava spazio al riconoscimento della componente indigena. La cultura omogenea forzata prevedeva la contestuale assimilazione degli indigeni e la perdita di valore della loro "diversità", in nome di un'unica nazione "bianca ed europeizzante". Le popolazioni indigene erano viste come delle minoranze che ostacolavano l'unità nazionale, creando un malfunzionamento dello Stato. Era, dunque, necessario che lo Stato si assumesse direttamente il compito di civilizzare e traghettare verso la cultura europea le

³⁰ S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

minoranze indigene presenti sul proprio territorio, fino a sradicarne completamente ogni diversità³¹.

Tutte le terre rientrarono, quindi, nel patrimonio nazionale dello Stato, comprese quelle qualificate come "indigene", senza alcuna diversità di gestione. Le terre indigene, anzi, in quanto carenti di un titolo che riconoscesse la proprietà di qualcuno, furono soggette a esproprio da parte dello Stato e rimesse, poi, sul mercato tramite alienazione a nuovo proprietario e occupazione diretta della terra. Per favorire una politica di colonizzazione europea e la creazione di "nazioni bianche", i coloni furono invitati ad acquistare non solo le terre espropriate alle comunità indigene dallo Stato, ma anche le terre ancora non formalmente nel possesso statale. Fu aperta una vera e propria campagna di conquista della frontiera, il cosiddetto *desierto*, un'area non appartenente al patrimonio demaniale statale, per estendere i confini nazionali. La reazione indigena all'etnocidio e all'integrazionismo forzato, solo in parte, sfociò in risposte armate³².

3. Popolo indigeno, popolazione e minoranza

Con l'incremento dei viaggi e delle esplorazioni e con la conseguente espansione della colonizzazione occidentale, il rapporto con gli indigeni seguì la medesima linea di condotta in tutti i continenti. Qualsiasi popolo indigeno incontrato dai colonizzatori europei lungo le proprie rotte era automaticamente considerato culturalmente e civilmente inferiore.

Inoltre, poiché le consuetudini degli indigeni non contemplavano, in alcun caso, il concetto di proprietà privata, i territori abitati dalle popolazioni native erano qualificati, secondo la dottrina giuridica romanistica, come *territorium nullius* e, quindi, passibili di essere occupati e integrati nel dominio della

³¹ C. Esteva-Fabregat, *Indígenas, memoria étnicas y sociedades abiertas. Perspectivas comparadas*, in J. Alcina Franch (a cura di), op.cit., pp. 102-131.

³² R. Cardoso de Oliveira, *La politización de la identidad y el movimiento indígena*, in J. Alcina Franch (a cura di), op.cit., pp. 145-161; G. Bonfil Batalla, *Aculturación e indigenismo: la respuesta india*, in J. Alcina Franch (a cura di), op.cit. p. 198.

madrepatria, senza alcun riguardo per le popolazioni autoctone. L'indigeno, d'altronde, era visto come una presenza locale da integrare o, al limite, come un nemico da combattere, laddove questa integrazione non risultava agevole. Cronologicamente, due furono gli atteggiamenti dei colonizzatori europei nei confronti degli indigeni. Dopo un primo incontro che riconosceva le peculiarità e la sovranità indigene e che portava alla stipulazione di trattati di carattere internazionale con gli europei, seguì una fase di netta opposizione e di scontro, che culminò con la politica dello sterminio e dell'integrazione forzata, allorché le popolazioni native cominciarono a perdere la propria sovranità territoriale. Nelle ipotesi migliori, i nativi superstiti agli eccidi furono privati di qualsiasi sovranità territoriale e confinati all'occupazione forzata in riserve, spesso collocate in zone aride e poco favorevoli all'insediamento, e senza alcun riguardo per la diversità culturale tra i differenti gruppi indigeni ivi costretti a convivere³³.

Prima di proseguire la trattazione, occorre fare una certa chiarezza tra termini che per troppo tempo sono stati confusi. Il termine *popolazione* non è sinonimico di *popolo*. Con il primo termine, infatti, si tende a dare una caratteristica di inferiorità civile e/o culturale: la *popolazione* raggruppa solo soggetti che vivono in un medesimo territorio, senza alcuno specifico legame. Non ci si riferisce, pertanto, al criterio della cittadinanza, ma neppure alle peculiarità culturali, linguistiche e/o etniche. La *popolazione* è eterogenea e la sua unica caratteristica di riconoscimento è l'occupazione momentanea di un territorio e la condivisione delle medesime regole sociali e giuridiche derivanti da esso. Il termine *popolo*, al contrario, è costituito da un insieme di cittadini che hanno un comune denominatore culturale e storico, che li unisce e li definisce come un'entità specifica, disciplinata giuridicamente. Storicamente, nella protezione dei popoli indigeni, vi è spesso stata confusione tra i due termini, considerati semplicemente sinonimi intercambiabili. Per questo motivo, i popoli indigeni sono stati visti semplicemente come "popolazioni autoctone" di un territorio, ma non necessariamente unite da un legame storico che le identificava come popolo. Pertanto, la loro tutela si fondeva con la necessità di integrarli all'interno della

³³ J. Crawford, *The rights of peoples*, Oxford 1988.

società nazionale.

Un'altra confusione ricorrente fino a tempi recenti è quella tra *popolo indigeno* e *minoranza*. Quest'ultima, infatti, si riferisce solo a un gruppo di persone, in posizione non dominante, numericamente inferiore al resto della popolazione di un Paese, e i cui membri hanno caratteristiche etniche, religiose e linguistiche comuni, ma differenti dal resto della popolazione. Sia la *minoranza* che il *popolo indigeno* conservano, anche implicitamente, un senso di solidarietà a preservare la propria cultura, le tradizioni, la lingua e la religione. Il sottile discrimine tra loro risiede, tuttavia, nella caratteristica di "indigenità", cioè nella possibilità per il popolo indigeno di vantare l'occupazione storica di un territorio ancestrale, in quanto popolo originario di una terra (con comuni avi)³⁴.

³⁴ V.F. Palermo e J. Woelck, *Diritto Costituzionale Comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova 2011, p. 48 e ss; F. Capotorti, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Riv. Internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, pp. 107-108. Per un ulteriore approfondimento si rinvia a: C.M. Bröhmman, R. Lefeber, M.Y.A. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht 1993.

Capitolo I

I diritti dei popoli indigeni e la loro protezione nel panorama internazionale e comparato

1. La tutela internazionale dei popoli indigeni

1.1 La protezione dei diritti dei popoli indigeni nel XX secolo

Agli inizi del XX secolo, l'atteggiamento nei confronti dei popoli indigeni cominciò a mutare. Ogni Paese iniziò a riconoscere l'esistenza dei popoli indigeni, anche se ancora in una logica paternalistica, secondo la quale i nativi erano civiltà poco sviluppate che ogni diritto nazionale doveva tutelare, per assicurarne l'integrazione e la crescita giuridica e politica. Questa visione emerse nel panorama internazionale con la nascita della Società delle Nazioni, il 10 gennaio 1920. La Convenzione della Società delle Nazioni, infatti, in riferimento alla dissoluzione degli imperi coloniali dei Paesi sconfitti nella Prima Guerra Mondiale, impose il protettorato da parte dei Paesi dell'Alleanza. Si trattava di una soluzione necessaria, dato che le popolazioni che abitavano i territori delle colonie non erano ancora in grado di auto-regolarsi secondo la civiltà moderna ("*... not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world [...]*")³⁵. Tale soluzione, inoltre, integrava un sacro dovere di civilizzazione e sviluppo nei confronti dei popoli indigeni abitanti, in linea con la promozione della pace di cui la Convenzione era garante ("*... the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilization and [...] securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant*")³⁶. Le

³⁵ Convenzione della Società delle Nazioni 1920, Art. 22, I co.

³⁶ Ibidem.

popolazioni autoctone erano viste, dunque, solo come soggetti da integrare e civilizzare, eventualmente da proteggere in forza di una superiorità giuridica e culturale.

La situazione cambiò gradualmente dopo la seconda guerra mondiale. Il nuovo interesse per la tutela dei diritti umani e delle minoranze e la volontà di evitare le discriminazioni e gli stermini, avvenuti sul continente europeo durante la guerra, spinsero a mutare atteggiamento nei confronti dei popoli indigeni. Fu abbandonata la visione ultra-protettiva e paternalistica degli inizi del '900, fondata sul sacro dovere di civilizzare. Uno degli obiettivi principali della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1948, dalla quale nacquero le Nazioni Unite, fu la protezione delle minoranze, tutela ribadita anche dai Patti Internazionali per la protezione delle minoranze del 1966. Con questa definizione, tuttavia, erano contemplate le popolazioni e le nazionalità che si distinguevano dalla popolazione egemone di uno Stato, ivi compresi i popoli indigeni, semplice "minoranza da tutelare", senza alcuna specifica differenziazione né identificazione culturale. Non si faceva alcun riferimento alla peculiare "indigenità" che li caratterizzava.

Il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni e la loro tutela, in modo differenziato rispetto agli altri diritti umani, sono diventati obiettivi fondamentali del diritto internazionale solo nella seconda parte del '900³⁷. I concetti-chiave della tutela internazionale dei popoli indigeni sono stati fissati dalla Convenzione OIL³⁸ per la protezione e l'integrazione degli indigeni e di altre popolazioni tribali e semi-tribali nei Paesi indipendenti, n.107 del 1957. Si tratta, comunque, di un documento ancora "viziato" dalla convizione che i popoli indigeni non erano del tutto sviluppati, per condizioni socio-economiche e/o storico-culturali ("*...* whose social and economic conditions are at a less advanced stage than the stage

³⁷ R. Pisillo Mazzeschi, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici, Atti del Convegno Internazionale (Siena 4-5 giugno 2007)*, IILA, Roma 2008, pp. 19-31.

³⁸ Con l'acronimo italiano *OIL*, s'intende l'*Organizzazione Internazionale del Lavoro*, agenzia specializzata delle Nazioni Unite per la promozione della giustizia sociale e dei diritti umani in riferimento al lavoro. L'Organizzazione è nota anche con gli acronimi ufficiali inglese *ILO* (*International Labour Organization*), francese *OIT* (*Organisation Internationale du Travail*) e spagnolo *OIT* (*Organización Internacional del Trabajo*).

reached by the other sections of the national community and whose social status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws and regulations")³⁹. Dal testo della Convenzione, infatti, traspare la particolare condizione dei popoli indigeni, bisognosi di un progressivo processo di integrazione negli Stati. I governi nazionali erano, pertanto, obbligati ad azioni coordinate di protezione e integrazione ("*Governments shall have the primary responsibility for developing co-ordinate and systematic action for the protection of the populations concerned and their progressive integration into the life of their respective countries*")⁴⁰. Compito della Convenzione era proteggere gli indigeni, nel senso di assicurare la loro perfetta integrazione da parte dei governi nazionali e di garantirne il passaggio dalla società tribale alla società civile. La Convenzione OIL 107/1957, tuttavia, faceva una palese confusione tra il concetto di "popolo indigeno", quello di "minoranza" e quello di "popolo tribale". Pur non distinguendo completamente tra "minoranza" e "popolo indigeno", la Convenzione definiva quest'ultimo come "minoranza particolare", conscia, anche se in minima parte, delle peculiarità della cultura indigena. Non vi era, però, ancora alcun riconoscimento di "popolo": la stessa Convenzione, per identificare i diritti degli indigeni, usava "popolazione", termine più generico e tendente a sottolineare la diversità tra i popoli nazionali e le comunità tribali. Una minima protezione era garantita alla terra tradizionalmente occupata, alla proprietà comunitaria e al previo consenso indigeno in caso di spossessamento, sebbene in accordo con le legislazioni agrarie nazionali (artt. 11-14, Conv. cit.).

Alla fine degli anni '60, nacque il movimento internazionale indigenista, che, sorto come corrente culturale e antropologica in America latina per migliorare le condizioni di vita degli indigeni ed eliminare le discriminazioni, diffuse rapidamente, con caratteristiche diverse, le istanze dei popoli indigeni in tutto il mondo⁴¹. Per il termine *indigenismo*, in realtà, non esiste una definizione

³⁹ Convenzione OIL n. 107/57, Art. 1.1 a.

⁴⁰ Idem, Art. 2.1.

⁴¹ R.L. Barsh, *Indigenous Peoples: An emerging object of International Law*, in *American Journal of International Law*, 80/1986, pp. 369 e ss.; H. Hannum, *New Developments in indigenous rights*, in *American Journal of International Law*, 80/1986, pp. 649 e ss.

univoca. Inizialmente, con questo termine s'intendeva una corrente culturale e antropologica che si occupava dello studio e della valorizzazione della cultura indigena nella storia di contro alle discriminazioni provenienti dalla cultura europea. Col tempo, però, il termine ha iniziato ad assumere un'accezione più politica, influenzando, in particolare, sulle politiche nazionali latino-americane dell'inizio del Novecento, miranti a consolidare le società anche attraverso l'integrazione delle diversità etniche presenti all'interno del territorio, in modo da costruire una relazione continua con i popoli indigeni. Questo ha comportato una proliferazione di legislazioni statali dirette alla tutela dei popoli indigeni. Si trattava, in realtà, di mere dichiarazioni di intenti o di disposizioni normative molto protezionistiche, ma prive di una contestuale attuazione, oppure di una politica legata ad alcuni movimenti rivoluzionari di massa e al *caudillismo* latino-americano⁴². Negli ultimi decenni del XX secolo, il termine *indigenismo* ha iniziato a riferirsi ad alcune associazioni e organizzazioni sociali e politiche, che in America latina si sono proposte di difendere i diritti dei popoli indigeni, a partire dai pregiudizi che storicamente gli indigeni subivano nel continente. L'*indio* era visto come specifica categoria socio-economica, che, quindi, doveva essere tutelata da politiche nazionali asimmetriche. Si richiedeva, pertanto, una "integrazione" della componente indigena nella società nazionale, ma nella preservazione delle peculiarità culturali caratteristiche⁴³.

Le correnti indigeniste latino-americane posero in risalto la problematica indigena a livello internazionale, di concerto con l'avvenuta e carente formalizzazione della Convenzione OIL 107/1957. Ovunque, infatti, le comunità indigene iniziarono ad acquisire una maggiore consapevolezza della ricchezza derivante dalla propria diversità e della volontà di mantenere intatte cultura e

⁴² Ci si riferisce all'indigenismo politico peruviano di José Carlos Mariátegui, che ispirò la politica di Leguía y Salcedo, e all'indigenismo politico messicano di Manuel Gamio, Álvaro Obregón e Lázaro Cárdenas.

⁴³ Per un approfondimento sulla teoria di indigenismo e indianismo, si rinvia a: M. Ballestreros Gaibrois e J. Ullóa Suárez, *Indigenismo Americano*, Cultura Hispánica, Madrid 1961; G. Aguirre Beltrán, *Regiones de Refugio*, Instituto Indigenista Interamericano, México 1967; G. Bonfil Batalla, *Del indigenismo de la revolución a la antropología crítica*, in *De eso que llaman antropología mexicana*, Nuevo Tiempo, México 1970, pp. 39-65; A.D. Marroquín, *Balance del Indigenismo*, Instituto Indigenista Interamericano, México 1977; M.C. Barre, *Ideologías indigenistas y movimientos indios*, Siglo XXI Editores, 1983.

tradizioni, anche sul piano economico e gestionale. L'identità indigena fu rivalutata per la sua originalità. Si domandavano, dunque, politiche che non mirassero solo a favorire in modo paternalistico il processo di integrazione sociale o di "civiltà" dei popoli indigeni, ma che mantenessero un carattere "indiano", basato sulle specificità della cultura indigena. L'*indigenismo* di vecchio stampo si trasformò in *indianismo*, cioè in una specifica richiesta a partire dal valore della cultura e dall'identità indigena, di cui si reclamava il recupero e la valorizzazione⁴⁴. Talvolta, si parlò anche di un "socialismo indio", laddove, basandosi sull'identità indigena e/o mista, erano iniziate delle vere e proprie istanze di riforma da parte delle comunità *indios*⁴⁵. La terra fu vista come il discrimine principale tra tradizione indigena e società capitalista, a causa del carattere culturale che vi era associato⁴⁶.

Nel 1964 nacque la *Federazione Shuar*, uno dei primi movimenti indigeni sudamericani, il cui obiettivo era quello di far cessare l'affitto illegale delle terre originarie indigene, che dovevano essere, invece, recuperate gratuitamente dal patrimonio pubblico e/o privato e affidate alle comunità aborigene, secondo le norme consuetudinarie della tradizione indigena. Tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, si costituì il *Parlamento Indígena Latinoamericano*, che si incaricava di creare dei consigli indigeni. Sorsero, inoltre, l'*Organización Nacional Indígena de Colombia* nel 1971, l'*American Indian Parliament of the Southern Cone* nel 1974, il *South American Indian Movement* nel 1980. A livello internazionale, invece, si costituirono: il *World Council of Indigenous People* nel 1975, che dava, per la prima volta, una chiara definizione di "popolo indigeno"; le *Inuit Circumpolar Conferences* nel 1977 e nel 1980; le *General Assemblies of the World Council of Indigenous People* nel 1977 e nel 1981; l'*International NGO Conference on Discrimination against Indigenous People in the Americas* nel

⁴⁴ O. Arze Quintanilla, *Del indigenismo a la indianidad: cincuenta años de indigenismo continental*, in J. Alcina Franch (a cura di), op.cit., pp. 18-33.

⁴⁵ G. Bonfil Batalla, *Aculturación e indigenismo: la respuesta india*, in J. Alcina Franch (a cura di), *Indianismo e indigenismo en América*, op.cit., pp. 189-209.

⁴⁶ R. Virzo, *In tema di diritti dei popoli indigeni sulle risorse naturali di interesse della comunità internazionale e sulle risorse naturali condivise fra più Stati*, Istituto Italo-Latinoamericano (a cura di), op.cit., pp.53-62.

1977; l'*International NGO Conference on Indigenous Peoples and the Land* nel 1981⁴⁷.

Il programma antropologico di base del nuovo *indianismo* trovava la sua legittimazione nella *Declaración de Barbados* del 1971, che individuava, come soluzione univoca per tutti i popoli indigeni del pianeta, l'unione delle proprie istanze per liberarsi dall'integrazionismo forzato, retaggio della colonizzazione. Contemporaneamente, richiedeva, con particolare riferimento all'America latina, che la consuetudine giuridica indigena e tutte le tradizioni culturali fossero protette e tutelate da ogni Stato, come diritti anteriori alla formazione della società nazionale. Garantiva, inoltre, anche la gestione comunitaria della terra ancestrale indigena nella forma di una proprietà effettiva, continua, inalienabile e sufficientemente estesa per assicurare la sopravvivenza e l'incremento della componente aborigena (punto n.2, *Declaración de Barbados*). La soluzione di adottare un sistema dei diritti comunitari della terra e di strutturare cooperative indigene, come nuova possibile sfida economica, era anche il fulcro della cosiddetta *Soluzione Shuar* del 1978, base per le future legislazioni latino-americane⁴⁸.

Le istanze dell'indigenismo furono, in parte, accolte anche dalle Nazioni Unite. Nel 1971, infatti, la sottocommissione per la prevenzione delle discriminazioni e la protezione delle minoranze dell'ONU affidò al Relatore Speciale José R. Martínez Cobo il compito di preparare uno studio sul problema della discriminazione nei confronti delle popolazioni indigene del pianeta⁴⁹. Nel 1983 l'indagine del Relatore Speciale confluì in una relazione, cosiddetta *Rapporto Cobo*, che divenne presto illuminante per la successiva formazione di una tutela internazionale univoca dei popoli indigeni⁵⁰. Discostandosi dalla tradizione giuridica precedente, Cobo cominciò, anzitutto, con il definire il termine "indigeno", identificativo di queste comunità. Secondo il suo studio,

⁴⁷ J. Bodley, *Vittime del progresso*, Ed. UNICOPLI, Milano 1991, pp. 178 e ss.

⁴⁸ Idem, p. 188. Per il testo della Prima Dichiarazione di Barbados, si rinvia a: *Declaración de Barbados 1971*, Document n.°1, IWGIA, Copenhagen.

⁴⁹ Risoluzione UN n.1589/1971, Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite.

⁵⁰ UN Doc E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8.

dovevano essere considerate "indigene" quelle "comunità, popoli e nazioni che, avendo una continuità storica con le società sviluppatesi nei loro territori nel periodo precedente all'invasione e alla colonia, considerano loro stesse distinte dagli altri settori della società"⁵¹. Le stesse comunità indigene, inoltre, si caratterizzavano per il fatto di non avere la supremazia sul potere politico negli Stati di appartenenza (*non-dominant sectors of society*) e per la loro determinazione a "preservare, sviluppare e trasmettere alle future generazioni i loro territori ancestrali e la loro identità etnica, come basi della continuazione della loro esistenza come popoli"⁵². Di conseguenza, l'indigeno era quell'individuo che si riconosceva in una di queste comunità così definite ed era, nello stesso tempo, riconosciuto da questa all'interno del gruppo attraverso il criterio dell'auto-identificazione⁵³. In questa definizione, sono, quindi, compresi i nativi del Nord-America, le *First Nations* e gli *Inuit* del Canada, gli indigeni dell'America centrale e meridionale, gli aborigeni australiani e i *maori* della Nuova Zelanda, i *sami* del Nord Europa, i *Keren* della Thailandia e i *Chittagong Hill Tracts* del Bangladesh. Non rientrerebbero in questa definizione, invece, i baschi e i *rom*, che non vantano il requisito della continuità storica⁵⁴.

L'indagine di Cobo ha introdotto dei concetti fondamentali, che sono a base della futura Convenzione OIL del 1989 sulla protezione delle minoranze indigene. In primo luogo, infatti, è inserito il criterio, ancora oggi discriminante fondamentale, che distingue tra "minoranza" e "popolo indigeno". Si tratta del requisito della continuità storica, a cui il *Rapporto Cobo* fa esplicito riferimento per individuare i gruppi nativi: in primo luogo, il popolo indigeno si differenzia dalla semplice minoranza, perché è possibile individuare, anzitutto, un'ascendenza comune che possa identificare una precisa comunità; in secondo luogo, l'intera comunità deve vantare una comunanza culturale e consuetudinaria, oltre alla precisa volontà di continuarla, preservandola nel tempo; infine, deve essere avvenuta una occupazione ininterrotta (o, se interrotta, la discontinuità non deve essere per

⁵¹ Idem, par.379.

⁵² Idem, par.381.

⁵³ R. Cammarata, *Indigeno a chi?*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 70 e ss.

⁵⁴ G. Palmisano, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna*, Giuffrè, Milano 1997, p. 262.

colpa propria) delle terre nelle quali quella comunità si identifica e che riconosce come terre originarie⁵⁵. È da tener presente che le comunità indigene si caratterizzano per una specifica mancanza di potere politico, non solo egemonico, ma anche minoritario: a differenza delle minoranze, che reclamano il distacco dal governo centrale, i popoli indigeni si distaccano dal resto della popolazione solo per tramandare le proprie tradizioni e la propria cultura, senza, tuttavia, chiedere la sovranità politica e giuridica su un territorio nazionale⁵⁶.

La Convenzione OIL sui diritti dei popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti, n. 169 del 1989, riprende gli elementi chiave del *Rapporto Cobo*. La sua stesura, avvenuta al termine di un dibattito particolarmente acceso sulla tutela dei diritti umani, si è avvalsa della collaborazione delle Nazioni Unite e delle sue organizzazioni per l'alimentazione e l'agricoltura, per l'educazione, la scienza e la cultura e per la sanità, oltre che dell'Istituto Indigenista Interamericano. La Convenzione 169/1989 ha sostituito il termine "popolazione" con il più specifico "popolo", dando una chiarezza espositiva che mancava alla precedente Convenzione 107/1957. Alla luce dei risultati derivanti dallo studio di Cobo, ha eliminato qualsiasi confusione con il concetto di "minoranza", ricorrendo al discrimine della continuità storica. Da questo momento, i "popoli indigeni" si riconoscono per il fatto di discendere dalle popolazioni che abitavano il Paese o una sua area già prima di un determinato avvenimento (per esempio, la colonizzazione) e che avevano proprie istituzioni sociali, economiche, politiche e culturali, al di là del loro *status* giuridico (art.1, Conv.cit.). In altri termini, i popoli indigeni si distinguono per l'occupazione ininterrotta da tempo immemore di terre da loro considerate ancestrali (criterio della continuità storica, già individuato da Cobo) e per la volontà di distaccarsi dal resto della popolazione, differenziandosi per la propria ricchezza culturale con l'obiettivo di preservarla (criterio dell'auto-identificazione). Il popolo indigeno è, dunque, una minoranza speciale, un *tertium genus* intermedio tra "minoranza" e "popolo", che gode sia dei diritti delle

⁵⁵ V.F Palermo e J. Woelck, op.cit.

⁵⁶ P. Pustorino, *Questioni in materia di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2006, pp. 259-280.

minoranze, sia, in forma più attenuata, dei diritti dei popoli⁵⁷. Il popolo indigeno è titolare di diritti collettivi in quanto comunità. La Convenzione 169/1989 ha specificato i diritti dei popoli indigeni, individuando, anzitutto, un diritto di autodeterminazione interna, che significa solo autonomia e autogoverno all'interno del regime dello Stato, visto che indipendenza e secessione non sono mai state obiettivo principale delle comunità indigene, parte integrante dello Stato di appartenenza⁵⁸. Ai popoli indigeni spettano, in ogni caso, anche tutti i diritti umani e le libertà fondamentali garantite ai singoli individui (art.3).

La Convenzione 169/1989, inoltre, ha elaborato gli *standard* normativi di base, cioè i diritti delle comunità indigene, considerate come gruppo, che devono rientrare nel contenuto degli strumenti tipici internazionali, obbligando gli Stati membri ad attuarli. L'azione dei governi nazionali, infatti, deve essere coordinata e mirata al fine di tutelare i diritti dei popoli indigeni e di rispettare la loro integrità. Tale azione si deve concretizzare in misure miranti ad assicurare che i nativi siano beneficiari di tutti i diritti garantiti al resto della popolazione e che i diritti sociali, economici e culturali siano promossi in modo da rispettare l'identità e la diversità culturale indigena, eliminando, invece, ogni divario socio-economico, eventualmente presente, tra componenti indigene e componenti della comunità nazionale, nel rispetto continuo delle aspirazioni di vita indigene (art.2).

È tutelato, in primo luogo, come diritto inalienabile dei popoli indigeni, il diritto al consenso libero, preventivo e informato su qualsiasi questione relativa alle comunità indigene e ai loro territori (art.6). Ciò comporta e salvaguarda l'autodeterminazione interna e l'autonomia amministrativa degli indigeni, obbligando gli Stati a impegnarsi in un processo di mediazione e di dialogo per le questioni indigene, oltre a garantire tale obbligo nelle disposizioni costituzionali (artt.7-8). Gli stessi popoli indigeni sono chiamati a partecipare per l'elaborazione, l'attuazione e la valutazione di piani di sviluppo socio-economico che li riguardano, ma anche di progetti nel campo dell'istruzione e della sanità, tenendo nella dovuta considerazione le proprie consuetudini culturali, ovvero il proprio

⁵⁷ J. S. Anaya, *International human rights and indigenous people: the move toward a multicultural State*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2004, p. 56.

⁵⁸ G. Palmisano, *op.cit.*, p. 269.

diritto consuetudinario. Le decisioni relative alla protezione e alla salvaguardia dell'ambiente, però, devono essere prese dai governi nazionali in collaborazione con i popoli interessati (art.8, ult.co.)⁵⁹.

In secondo luogo, sono riconosciuti e protetti tutti quei diritti connessi alle tradizioni culturali dei nativi (artt.4-5). Di riflesso, è garantito il diritto alla diversità culturale ed etnica, ma è richiesta una protezione anche sulle conoscenze tradizionali indigene, che, spesso, sono depredate e manipolate per meri scopi commerciali. Un esempio è il caso della medicina ayurvedica o di altre pratiche curative tradizionali dei nativi, ivi compresi i prodotti che sono ad esse associati.

Infine, è garantito alle comunità indigene il diritto al possesso, all'utilizzazione, al controllo e alla gestione delle terre, dei territori e delle risorse naturali presenti in essi, perché considerati "originari e ancestrali" per la cultura di una comunità indigena, che vive in rapporto simbiotico con la natura e fa dipendere la propria esistenza dalla presenza e dallo sfruttamento di quelle terre e di quelle risorse (artt.13-20). Per "terre", la Convenzione ha inteso riferirsi a tutti quei territori, ma anche all'ambiente delle regioni che i popoli indigeni occupano o utilizzano (art.13). Su queste, le disposizioni convenzionali garantiscono, per la prima volta, in base al criterio antropologico dell'ancestralità e della continuità storica, già introdotto da Cobo, la proprietà e/o il possesso ai popoli che le hanno abitate tradizionalmente. Di conseguenza, i governi nazionali sono obbligati ad adottare misure adeguate al caso per salvaguardare il diritto delle comunità indigene di avere accesso a tutte le terre cosiddette "tradizionali" (art.14), a individuare le terre sulle quali gli indigeni reclamano il possesso e/o la proprietà e a riservare loro la gestione, la conservazione e l'utilizzo delle risorse naturali in esse comprese (art.15), o, comunque, a garantire loro un diritto di indennizzo, nel caso di mancata occupazione o gestione di dette terre o di esproprio per pubblica utilità (art.16). Inoltre, i governi nazionali sono obbligati ad agevolare, quanto più possibile, il ritorno dei popoli indigeni nelle loro terre tradizionali o, qualora ciò non fosse possibile, a concedere un reinsediamento su terre di qualità e con i

⁵⁹ Idem, pp. 276 e ss.

medesimi diritti fondiari, salvo risarcimento per i danni subiti (art.17)⁶⁰.

La Convenzione OIL del 1989 è stata, da subito, punto di riferimento per tutti gli Stati che registrano al loro interno minoranze indigene, per la regolazione dei rapporti con i nativi e l'ampliamento e la legittimazione dei diritti dei popoli indigeni negli ordinamenti nazionali. Inoltre, è stata anche punto di partenza per un *revirement* del dibattito internazionale sulla tutela dei diritti delle popolazioni autoctone. Da quel momento, sono stati individuati i principi chiave della domanda indigena mondiale: la richiesta di riconoscimento costituzionale della componente indigena come soggetto titolare di diritti originari; la formalizzazione dell'obbligo da parte degli Stati di disporre di mezzi materiali e culturali necessari per la crescita e la protezione dei popoli indigeni, con particolare riferimento alla protezione dei cosiddetti *land rights*, integrandoli come parte attiva dell'amministrazione statale e promuovendo la cultura indigena come bene culturale nazionale; la concretizzazione delle condizioni giuridiche e politiche che rendano possibile l'esercizio dei diritti dei popoli indigeni come complementari e non alternativi ai diritti umani⁶¹.

1.2 La tutela in ambito ONU e il criterio di auto-identificazione

La formalizzazione dei diritti dei popoli indigeni nella Convenzione OIL 169/1989 ha comportato a livello internazionale una nuova sensibilizzazione sulla tutela delle minoranze native⁶². Negli anni '90, la Sottocommissione delle Nazioni Unite per la prevenzione delle discriminazioni e la protezione delle minoranze, ispirandosi allo studio di Cobo, ha iniziato a elaborare una dichiarazione universale sulla protezione dei diritti dei popoli indigeni, fissando i principi di

⁶⁰ Per un approfondimento su indennizzi e riparazioni relative alle terre indigene, si rinvia a: F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford 2008.

⁶¹ M. Ozden (a cura di), *The right to land*, Human Rights Programme of the Europe-Third World Centre (CETIM), p. 53.

⁶² R. Stavenhagen, *The ethnic question. Conflicts, development and human rights*, United Nations University Press, Tokyo 1990, pp. 2-3.

base per il diritto internazionale e sancendone la loro attuazione da parte dei governi nazionali. Nel 1995 sono stati avviati i lavori per la creazione di un documento ufficiale delle Nazioni Unite (*International Decade of the World's Indigenous People*)⁶³. Le linee-guida, seguite dalla Sottocommissione competente e dai suoi *working group*, si condensano in tre direttive fondamentali, già anticipate dalla Convenzione OIL del 1989, come chiavi di lettura per la tutela dei diritti dei popoli indigeni: l'*autodeterminazione*⁶⁴ dei popoli indigeni nel rispetto dell'integrità territoriale degli Stati e la differenza con le minoranze; l'*autoidentificazione* dei popoli indigeni o, meglio, di ogni singolo componente all'interno di una comunità indigena e di ogni gruppo indigeno relativamente ai suoi membri, come criterio distintivo della "indigenità" di tali comunità e delle terre da loro occupate (cosiddetta "continuità storica"); la *decolonizzazione*, come passaggio politico e giuridico, che aveva comportato, prima, la liberazione dall'*alien domination* e la formazione di nuove realtà statuali indipendenti e, poi, la transizione costituzionale alla democrazia, dopo una lunga fase di autoritarismo⁶⁵.

Per la definizione del diritto di autodeterminazione dei popoli indigeni, la Sottocommissione delle Nazioni Unite si è avvalsa anche del *Working Group of Indigenous People (WGIP)* del 1990-1991. Il gruppo di lavoro aveva stabilito che il diritto di autodeterminazione includesse per i popoli indigeni il diritto inalienabile di gestire liberamente le proprie relazioni presenti e future con la vita politica, economica e sociale dello Stato di appartenenza e il diritto a mantenere la propria cultura, la propria consuetudine e il proprio *status* giuridico all'interno dell'ordinamento nazionale, in accordo con le leggi internazionali e nel pieno

⁶³ Sottocommissione per la Prevenzione della Discriminazione e la Protezione delle Minoranze, Risoluzione UN n.° 45 del 26 agosto 1994; Sottocommissione dei Diritti Umani, Risoluzione UN n.° 32 del 3 marzo 1995.

⁶⁴ Sul concetto di "autodeterminazione" in diritto internazionale, si rinvia alla voce *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, a cura di G. Arangio Ruiz, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1988, pp. 1 e ss., e alla voce *Autodeterminazione dei popoli*, a cura di A. Tancredi, in *Dizionario di Diritto Pubblico Cassese*, Milano 2006, pp. 568 e ss.

⁶⁵ G.T. Morris, *In support of the right of self-determination for indigenous peoples under international law*, in *German Yearbook of International Law*, 29/1986, pp. 277-316. Per un ulteriore approfondimento sul concetto di autodeterminazione nella fase di decolonizzazione, si rinvia a: T. Christakis, *Le droit à l'autodetermination en dehors de situations de décolonisation*, Parigi 1999.

rispetto dei diritti umani ("[...] convinced that the right of indigenous peoples to self-determination includes their right freely to determine their present and future relationship with the political, economic and social life of State [...]")⁶⁶. L'autodeterminazione dei popoli indigeni, quindi, non doveva contemplare il diritto di secessione dallo Stato (o dagli Stati) di appartenenza, ma solo diritti economici, politici e sociali relativamente alla salvaguardia delle loro tradizioni giuridiche e culturali, trattandosi di una dimensione interna dell'autodeterminazione nel rispetto dei confini degli Stati esistenti. Di conseguenza, ogni governo nazionale era obbligato a riconoscere i diritti dei popoli indigeni e a individuare i diritti di autogoverno interno delle comunità indigene, tramite l'elaborazione di procedure e strutture apposite (*First Draft Declaration 1991*, in preparazione alla Dichiarazione dei Diritti dei Popoli Indigeni)⁶⁷.

La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni del 2007, quindi, avvalendosi di un'attività preparatoria durata quasi due decenni, riproduce i concetti-chiave di *autodeterminazione*, *autoidentificazione* e *decolonizzazione* per formalizzare principi validi internazionalmente sulla tutela dei popoli indigeni⁶⁸. In essa si considerano i popoli indigeni, contemporaneamente, come individui e come collettività, per cui sono titolari di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali, così come riconosciute dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dalla legislazione internazionale sui diritti umani (art.1, Dich. Cit.), e non devono essere discriminati per la loro diversità e la loro origine indigena (art.2). La Dichiarazione si occupa, poi, specificamente del principio di *autodeterminazione* ("*I popoli indigeni hanno diritto all'autodeterminazione. In virtù di tale diritto essi determinano liberamente il proprio statuto politico e perseguono liberamente il loro sviluppo economico,*

⁶⁶ *Report of WGIP*, 8th session, doc. E/CN.4/Sub.2/1990/42, Annexes, par.41, come riportato in G. Palmisano, op.cit., pp. 262 e ss. Sullo stesso tema, si rinvia anche a: C.J. Iorns, *Indigenous Peoples and Self-Determination: Challenging State Sovereignty*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol.24/2, 1992, pp. 207-208.

⁶⁷ H.J. Heintze, *Völkerrecht und Indigenous Peoples*, in *ZAÖR* 1990, pp. 50 e ss.

⁶⁸ S. Errico, *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni*, in *Dir. Umani e Dir. Intern.*, 1/2007, pp. 161-171; F. Marcelli, *Le Nazioni Unite e i diritti degli indigeni*, in F. Marcelli (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni*, Aracne editrice, Roma 2009, pp. 61-113.

sociale e culturale")⁶⁹, come autonomia e autogoverno nelle questioni riguardanti affari interni e locali (*"I popoli indigeni, nell'esercizio del loro diritto di autodeterminazione, hanno diritto all'autonomia o all'autogoverno nelle questioni riguardanti i loro affari interni e locali, come anche a disporre dei modi e dei mezzi per finanziare le loro funzioni autonome"*)⁷⁰, mantenendo le loro istituzioni politiche, economiche, sociali e culturali sempre all'interno dei confini degli Stati (*"I popoli indigeni hanno diritto a rafforzare le proprie istituzioni politiche, giuridiche, economiche, sociali e culturali, pur mantenendo il loro diritto a partecipare pienamente, se scelgono di farlo, alla vita politica, giuridica, economica, sociale e culturale dello Stato"*)⁷¹. Ogni indigeno ha diritto a una nazionalità, al di là della propria comunità originaria (art.6), e all'appartenenza a un gruppo originario (art.9). La Dichiarazione riprende, così, specificando più dettagliatamente, il criterio di *autoidentificazione* indigena, già introdotto dal Rapporto Cobo ed elaborato dalla Convenzione OIL 169/1989, e definisce i popoli indigeni come "enti collettivi" di diritto internazionale ai quali sono, pertanto, riconosciuti diritti umani sostanziali di carattere generale, in modo non dissimile dalla tutela dei diritti dei popoli⁷². Sono, inoltre, elaborati gli *standard* di base relativi alla protezione dell'identità culturale indigena: il diritto individuale e collettivo alla vita, all'integrità fisica e mentale, alla libertà e alla sicurezza personale (art.7); il diritto a "*mantenere, proteggere e sviluppare le manifestazioni presenti, passate e future della loro cultura*" (art.11) e a preservare e promuovere la propria identità culturale e la propria tradizione (artt.12-13), anche nell'istruzione (art.14) e nella lingua (art. 16); il diritto a non essere discriminati (art.15) anche nell'ambiente lavorativo (art.17) e a migliorare le proprie condizioni economiche e sociali (artt.20 e 21); il diritto a preservare la cultura medica tradizionale e a partecipare ai processi decisionali che riguardano un suo utilizzo da parte di terzi (artt.23 e 24).

Infine, è tutelata la proprietà indigena della terra originaria, in base al

⁶⁹ Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni, 13 settembre 2007, art. 3.

⁷⁰ Idem, art.4.

⁷¹ Idem, art.5.

⁷² F. Marcelli, op.cit., p. 61.

criterio della continuità storica e alla speciale relazione spirituale che li lega ai propri territori e alle risorse naturali in essi presenti (*"I popoli indigeni hanno diritto a mantenere e rafforzare la loro specifica relazione spirituale con le terre, i territori, le acque, le zone marittime costiere e le altre risorse tradizionalmente di loro proprietà o altrimenti occupati e utilizzati, e a tramandare alle generazioni future le loro responsabilità al riguardo"*)⁷³. Le comunità indigene, dunque, sono legittimate a rientrare in possesso delle terre individuate come "ancestrali" (*"I popoli indigeni hanno diritto alle terre, territori e risorse che tradizionalmente possedevano o occupavano oppure hanno altrimenti utilizzato o acquisito"*)⁷⁴. Gli Stati devono fare in modo di garantire questo diritto, mettendo in atto un processo equo, indipendente, imparziale e aperto, perché sia riconosciuta la proprietà indigena, anche nel regime della consuetudine dei nativi (*"Gli Stati avvieranno e realizzeranno, di concerto con i popoli indigeni in questione, un processo equo, indipendente, imparziale, aperto e trasparente, che dia il dovuto riconoscimento alle leggi, alle tradizioni, ai costumi e ai regimi di proprietà terriera dei popoli indigeni, allo scopo di riconoscere e aggiudicare i diritti dei popoli indigeni riguardanti le loro terre, territori e risorse, ivi compresi quelli che erano tradizionalmente in loro possesso o altrimenti occupati o utilizzati. I popoli indigeni hanno diritto a partecipare a questo processo"*)⁷⁵. Le comunità indigene hanno diritto, pertanto, alla restituzione a titolo gratuito delle terre reclamate o, comunque, all'equo indennizzo dovuto alla loro mancata restituzione (*"I popoli indigeni hanno diritto alla restituzione o, quando questa non sia più possibile, ad un equo risarcimento per le terre, i territori e le risorse che tradizionalmente possedevano, oppure in altra forma occupavano o utilizzavano e che sono stati confiscati, presi, occupati, utilizzati oppure danneggiati senza il loro libero, previo e informato consenso"*)⁷⁶. Vigge, infine, per gli Stati l'obbligo di consultazione con le comunità aborigene non solo per le questioni relative alla preservazione e alla tutela della cultura indigena, ma anche in merito alla

⁷³ Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni, 13 settembre 2007, art.25.

⁷⁴ Idem, art.26, I co.

⁷⁵ Idem, art.27.

⁷⁶ Idem, art.28, I co.

protezione dell'ambiente naturale dei territori originari e delle loro risorse e al loro sfruttamento ai fini economici e/o commerciali (artt. 28 e 32)⁷⁷.

La Dichiarazione prevede una serie di misure che gli Stati devono adottare, anche di concerto, per realizzarne le finalità e facilitare l'esercizio e l'applicazione nei confini nazionali dei diritti in essa esposti e tutelati.

A partire dagli anni '90 il dibattito internazionale si è occupato anche del tema ambientale, visto come "emergenziale" ai fini dell'estensione della tutela dei diritti dell'uomo. Nella nuova protezione dell'ambiente naturale dal degrado e dall'inquinamento, infatti, si è individuata, per la prima volta, una forte connessione tra diritti dei popoli indigeni e risorse naturali, evidenziando il legame di interdipendenza tra i temi di salvaguardia ambientale e la protezione dei popoli indigeni (Dichiarazione di Rio sull'ambiente 1992, artt. 22 e 23). Si tratta di un concetto portato avanti, oggi, dalle Nazioni Unite non solo con la Dichiarazione del 2007, ma anche con una serie di dibattiti e di *focus* sul tema del *Climate Change*. Così, in concomitanza con il *Summit* internazionale sul cambiamento climatico del 22 settembre 2014, si è aperta la prima Conferenza internazionale sui diritti dei popoli indigeni⁷⁸, sponsorizzata dalle Nazioni Unite, con l'obiettivo di colmare quel *gap* esistente tra diritti tutelati sulla carta e diritti tutelati effettivamente e di trarre spunto dalla cultura indigena per maturare una migliore consapevolezza nella salvaguardia ambientale. È la cosiddetta *sustainability in action*. Infatti, lo sviluppo di una politica ambientale sostenibile, secondo la consuetudine indigena, e la "personalizzazione" della terra, elemento fondante di tutte le culture aborigene, garantiscono la preservazione della biodiversità e possono fornire delle linee-guida per una nuova politica internazionale finalizzata a proteggere l'ambiente. La Conferenza si è, inoltre, proposta di includere e definire quanto già affermato nel documento preparatorio di Alta del

⁷⁷ P. Pustorino, *Sviluppi sulla protezione internazionale dei popoli indigeni: la Dichiarazione ONU del Consiglio sui diritti umani*, in A.L. Palmisano (a cura di), *Identità linguistica dei popoli indigeni del MER.CO.SUR. come fattore di integrazione e sviluppo*, Quaderni IILA, n.31, Roma 2007.

⁷⁸ *UN World Conference on Indigenous Peoples*, 22-23.09.2014. I documenti sono reperibili online agli indirizzi unsr.org e iwgia.org.

2013⁷⁹ a proposito dei diritti collettivi fondamentali dei popoli indigeni, quali, in una posizione di preminenza, il diritto all'utilizzo delle terre originarie e delle risorse in esse presenti, alle quali l'esistenza stessa degli indigeni è legata, e di sviluppare una strategia comune di *implementation*, finalizzata a rendere attivi tali diritti attraverso un incremento della partecipazione indigena nella fase di *decision-making*.

2. La tutela dei popoli indigeni nel diritto comparato

2.1 Inquadramento generale

I diritti dei popoli indigeni, al di là della tutela proveniente, in tempi recenti, dal diritto internazionale, sono stati spesso oggetto di differenti e, talvolta, opposte legislazioni nelle realtà nazionali che contano una presenza indigena. L'esistenza di tante popolazioni indigene e, al contempo, di tipi diversi di colonizzazione ha generato situazioni peculiari in ogni luogo.

In diversi contesti, già nel processo di colonizzazione e/o di formazione degli Stati nazionali, è stata negata immediatamente, qualsiasi diversità indigena, così come non si è riconosciuta l'esistenza delle minoranze. Così è accaduto in molte zone dell'Asia o dell'Africa, dove massiccia è stata la presenza colonizzatrice europea nei secoli. Ovunque, la popolazione indigena è stata oggetto di sterminio e di repressione (etnocidi, epidemie, tratta degli schiavi, lavori forzati)⁸⁰. Il modello governativo e amministrativo seguito nei territori colonizzati è stato, perlopiù, un'estensione del modello occidentale, pur nell'incompatibilità tra la cultura industriale e la cultura tribale. Nello specifico, la *cultura tribale* coglieva il suo fondamento dalla *tribù*, vista come una società

⁷⁹ *Global Indigenous Preparatory Conference for the United Nations High Level Plenary Meeting of the General Assembly to be known as the World Conference on Indigenous Peoples, Alta Outcome Document*, 10-12.06.2013. Il documento è reperibile online all'indirizzo unsr.org.

⁸⁰ J.H.Bodley, op.cit., pp. 64 e ss.

senza classi, di dimensioni limitate e con strategie di sfruttamento delle risorse naturali decentralizzate, comunitarie e conservative o a lungo termine. Di contro, la *cultura industriale* o dei consumi trovava fondamento nello Stato e, quindi, in una società composta da classi, con sistema di gestione delle risorse centralizzato, in vista di un profitto immediato o a breve termine e solo di particolari gruppi di interesse⁸¹. La gestione delle terre, invece, seguiva una politica che dava precedenza agli europei sulla scelta delle terre, che successivamente, in epoca di decolonizzazione, sono finite a gruppi d'élite governativi. Alle minoranze indigene era imposto il pagamento di tasse per lo sfruttamento delle risorse naturali. Tale era la prassi seguita in Africa⁸².

Ciò ha causato, col tempo, l'assenza di qualsiasi tutela giuridica dei diritti dei popoli indigeni, che ha portato a ulteriori gravi conseguenze. Negando *ab origine* la presenza di uno o più popoli indigeni su un territorio, per esempio, si è creato il dubbio sulla reale determinazione dell'entità indigena, sia riguardo alla sua esistenza, sia per quel che concerne la formalizzazione di un nucleo fondamentale di diritti e l'individuazione delle terre indigene. In alcuni casi, una relativa protezione, anche se molto blanda, è arrivata solo dal diritto internazionale (le Convenzioni OIL, la Dichiarazione ONU).

Moltissime, però, sono le situazioni dove le norme del diritto internazionale non sono state rispettate e, di conseguenza, è totalmente assente una protezione dei diritti dei popoli indigeni. Con la decolonizzazione, infatti, il processo di formazione degli Stati nazionali è stato piuttosto travagliato e il raggiungimento della democrazia risulta tuttora difficile. La diversità della popolazione per via dei confini tracciati all'epoca delle colonie, il substrato sociale spesso influenzato dalla divisione tribale e, al contempo, l'introduzione dell'economia industriale e di mercato mal bilanciata da una diffusa povertà e da continue crisi economiche non hanno giovato alla formazione e al mantenimento delle democrazie asiatiche e

⁸¹ Idem, p.37.

⁸² A. Di Lieto, *La tutela dei popoli indigeni in Africa*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), op.cit, pp. 117 e ss. Per un ulteriore approfondimento sulla situazione africana e la discriminazione nei confronti delle minoranze: J. Harrington, *Voiding Human Rights: citizenship and discrimination in Africa*, in www.justiceinitiative.org.

africane, spesso soggiogate da classi dirigenziali corrotte e autoritarie. Oggi, inoltre, l'economia di mercato impone uno squilibrio tra popolazione e risorse naturali. Questo porta le autorità di questi Paesi a depauperare le minoranze indigene e le popolazioni tribali delle terre e delle risorse naturali in esse contenute, causando il cosiddetto *ecocidio*⁸³. Ovviamente, su queste premesse, faticano a essere riconosciuti e tutelati i diritti umani dei popoli indigeni, così come disciplinati dai trattati internazionali. Molte situazioni, però, sono tuttora in continua evoluzione. Così, per esempio, in Africa sono stati sviluppati schemi legislativi transnazionali, in grado di salvaguardare le comunità indigene tradizionali, attuando le tutele dei trattati internazionali⁸⁴.

Diversamente, ci sono state delle situazioni "virtuose". Con tale termine, ci si riferisce a Paesi che si sono caratterizzati per una tutela originale dei popoli indigeni. Alcuni di questi, infatti, hanno riconosciuto e garantito i diritti dei popoli indigeni ancora prima delle tutele provenienti dal diritto internazionale (e.g., Nuova Zelanda e Paesi scandinavi). Altri, invece, hanno seguito un'evoluzione differente, includendo la diversità indigena nelle legislazioni nazionali (e.g., Canada) oppure creando una giurisprudenza che ha favorito i diritti dei popoli indigeni (e.g., Stati Uniti d'America e Australia). Nei paragrafi successivi, sono analizzate alcune di queste situazioni peculiari.

2.2 I nativi del Nord-America

Nel continente nord-americano, la protezione dei diritti dei popoli nativi è stata presa in considerazione a partire dal XIX secolo. La tendenza generale era che i rapporti con le nazioni "indiane" fossero gestiti attraverso trattati di natura di diritto internazionale, che stabilissero reciproche condizioni per le nazioni parti

⁸³ J.H.Bodley, op.cit., pp.172 e ss. Sul problema dell'ecocidio, si rinvia anche a: F.J. Broswimer, *Ecocidio. Come e perché l'uomo sta distruggendo la natura*, Carocci, Roma 2005.

⁸⁴ S.Sarè, *OAU's Model Law. Lo schema legislativo dell'Unione Africana per salvaguardare le comunità agricole tradizionali. Analisi e qualche commento*, in *Africa: rivista trimestrale di studi e documentazione*, 2007, pp. 78-99.

del trattato⁸⁵.

Nelle colonie britanniche nordamericane, inoltre, le norme sulle terre originarie indigene e sull'applicazione della consuetudine giuridica dei nativi erano disciplinate dal *Royal Proclamation Act 1763*. L'Act prevedeva la creazione di commissioni con capi indigeni per l'acquisizione delle terre da parte della Corona. Le terre non acquisite o cedute alla Corona britannica dietro compenso economico rimanevano, pertanto, nell'esclusiva sovranità indiana, come terreno di caccia⁸⁶. Con l'indipendenza delle tredici colonie americane dalla madrepatria inglese e la formazione della Confederazione nordamericana (poi, Stati Uniti d'America), la gestione dei rapporti con i nativi si è differenziata notevolmente. Gli Stati Uniti d'America hanno elaborato una gestione graduale dei rapporti con i nativi americani attraverso lo scontro diretto, ma anche attraverso il costante intervento della giurisprudenza della Corte Suprema e la formazione di una legislazione speciale. Nei domini britannici (oggi, Canada), invece, è rimasto in vigore fino al XX secolo il *Royal Proclamation Act*. La protezione dei diritti dei nativi, oggi, è affidata alla nuova Costituzione canadese, elaborata con la partecipazione delle *First Nations*.

Negli *Stati Uniti d'America*, le popolazioni tribali erano inizialmente considerate delle nazioni con una propria sovranità, la cui esistenza precedeva la Costituzione americana. Lo Stato federale aveva il compito di formulare leggi speciali per la convivenza con le popolazioni native, ferme restando le distinte sovranità delle due popolazioni. Con l'espansione dell'occupazione occidentale e lo spostamento della frontiera sempre più ad ovest, però, si crearono notevoli problemi in riferimento alla titolarità e alla sovranità di ciascun popolo sui territori, soprattutto relativamente alle cosiddette "terre indigene". Le popolazioni tribali, infatti, furono gradualmente private del possesso e, successivamente, della gestione delle proprie terre⁸⁷. Fu, inoltre, complesso stabilire a chi spettasse

⁸⁵ J. St.German, *Indian Treaty-making Policy in the United States and in Canada, 1867-1877*, Lincoln 2001.

⁸⁶ B. Nickels, *Native American freepassage rights under the 1794 Treaty: survival under States statutory law and Canadian common law*, in *Boston College of International and Comparative Law Review*, 2/2000.

⁸⁷ S. Krakoff, *A brief introduction to federal American Indian law and its effect on American*

l'amministrazione e la giurisdizione sulle terre requisite agli indigeni. Di conseguenza, dal punto di vista giuridico, i popoli nativi persero il diritto di essere definiti "nazioni", con una propria sovranità distinta. Si preferì, però, svincolare l'amministrazione delle terre indigene dal precario e non equilibrato controllo del potere statale, ponendola direttamente sotto l'egida del governo federale nordamericano⁸⁸.

In tal senso, si era espressa la Corte Suprema americana con le tre sentenze *Marshall*, che definirono il rapporto con i *natives*⁸⁹. Nella prima sentenza, *Johnson v. McIntosh* del 1823, il supremo giudice americano aveva giudicato illegittimo il contratto di compravendita di terre da parte di Johnson, perché acquistate da popolazioni native, che non ne possedevano la titolarità. Facendo una storia della colonizzazione americana, dall'occupazione inglese ai possedimenti francesi e spagnoli fino all'indipendenza, infatti, la Corte confermava il principio del *territorium nullius*, per cui tutte le terre erano di proprietà del governo centrale ("*It is supposed to be a principle of universal law that if an uninhabited country be discovered by a number of individuals [...], the country becomes the property of the discoverers*")⁹⁰. Inoltre, le tribù native avevano ceduto la loro sovranità all'autorità centrale (prima, la Corona inglese e, poi, lo Stato federale) già con il *Royal Proclamation Act*, per cui non dovevano essere considerate nazioni straniere, né potevano godere della titolarità dei propri territori, le cosiddette riserve⁹¹. Nella seconda sentenza, *Cherokee Nation v. Georgia* del 1831, riguardante un ricorso da parte del popolo indigeno Cherokee contro una legislazione restrittiva dei territori tradizionali operata dallo Stato della Georgia, la Corte ribadiva il concetto affermato nella sentenza precedente, per cui il popolo Cherokee non doveva essere considerato una "nazione straniera", perché privo di governo centrale e di una Costituzione, e, quindi, carente di sovranità.

Indian Tribal law, in A.L. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), op.cit, pp. 169-185.

⁸⁸ C. Jorns, op.cit, pp. 199-348.

⁸⁹ Si tratta delle sentenze: *Johnson v. McIntosh* 21 US (8 Wheat.) 543 (1823); *Cherokee Nation v. Georgia* 30 US (5 Peters) 1 (1831); *Worcester v. Georgia* 31 US (6 Pet.) 515 (1832). Le tre sentenze sono definite *Marshall*, dal nome del Presidente della Corte Suprema, John Marshall, in carica dal 1823 al 1832.

⁹⁰ *Johnson v. McIntosh* 21 US (8 Wheat.) 543 (1823), par. 595.

⁹¹ Idem, par. 604.

Tuttavia, era obbligato a sottostare all'autorità superiore del governo federale. Nella terza sentenza, *Worcester v. Georgia* del 1832, la Corte, ripercorrendo il processo storico di formazione degli Stati Uniti, individuava nel governo federale nordamericano l'erede dell'amministrazione britannica coloniale, per cui l'unico in grado di gestire i rapporti con le "nazioni indiane", anche relativamente a questioni di proprietà e possesso delle terre. L'intervento della giurisprudenza della Corte denotava chiaramente un atteggiamento di incomprendimento e la volontà di negare qualsiasi riconoscimento alle nazioni indigene e alle loro terre originarie. Questo atteggiamento era supportato da una coeva legislazione federale che mirava, intanto, all'aggregazione delle diverse nazioni indiane in riserve, poste al di là del limite massimo segnato dal fiume Mississippi, e, di fatto, continuamente spostato sempre più verso occidente per, poi, essere del tutto ignorato (*Indian Removal Act 1830*).

Alla fine del XIX secolo, il rapporto con le popolazioni native cominciò a mutare. La Corte Suprema, infatti, pur accogliendo i principi ispiratori delle sentenze *Marshall*, iniziò, prima, a riconoscere il diritto dei popoli nativi di intervenire nei propri affari interni e, in un secondo momento, accolse l'applicabilità esclusiva della giurisdizione autoctona⁹². In particolare, si espresse sugli atti criminali commessi da nativi nei territori indiani, eludendo, così, l'istituzione di una giuria penale⁹³. Di pari passo, per arginare gli ingenti danni che gli interventi federali avevano prodotto nella gestione delle riserve indigene, fu demandato in via esclusiva al Congresso il potere di intervenire sui problemi di colonizzazione e attribuzione delle terre⁹⁴. In contemporanea, fu approvata dal Congresso una legislazione più sensibile nei confronti delle problematiche indiane, volta alla distribuzione delle terre loro negate con l'espansione verso ovest. Si tratta del *Dawes Act 1887*, riformato nel 1891 e ampliato dal *Curtis Act 1895* e dal *Burke Act 1906*.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, l'ampliamento della tutela dei diritti umani nel panorama internazionale comportò un radicale ripensamento in merito

⁹² *United States v. McBratney*, 104 US 1881.

⁹³ *Ex Parte Crow Dog*, 109 US 1883; *Talton v. Mayes*, 163 US 1896.

⁹⁴ *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 US 1903.

ai diritti delle comunità indigene statunitensi e alla gestione delle loro terre. Nel 1946 si formò la *Indian Claims Commission*, con lo specifico compito di chiudere le riserve indiane e iniziare a creare un piano di gestione, sia amministrativa che economica, di questi territori da parte delle comunità dei nativi. La questione indigena divenne, in seguito, oggetto di un importante intervento della Corte Suprema nel caso *Williams v. Lee* del 1959⁹⁵. Con questa sentenza, relativamente a un caso riguardante la giurisdizione indigena nei territori indiani, la Corte riprese tutta la giurisprudenza precedente, fissando i principi fondamentali del rapporto con gli indigeni e dei diritti spettanti ai nativi. Secondo la Corte, infatti, la sovranità indigena sui territori tradizionali non era una mera finzione giuridica, bensì una *legal doctrine*, che aveva le sue radici nei principi costituzionali e nel diritto internazionale⁹⁶. Era possibile, pertanto, parlare di "nazione indigena", pur sempre entro i confini del territorio federale. Per tale motivo, ancora oggi nessuna corte statale ha giurisdizione sulle materie relative agli indigeni e sui fatti avvenuti all'interno dei territori indiani. La Corte ha accertato l'esistenza di una *self-governance* indiana relativamente alle questioni indigene e ai fatti accaduti all'interno dei territori indigeni, anche se questi hanno coinvolto soggetti non indigeni⁹⁷.

Per quanto riguarda il *Canada*, invece, durante il XX secolo la tutela dei diritti dei popoli indigeni ha avuto un'evoluzione decisamente innovativa. In linea con quanto disposto dal *Royal Proclamation Act 1763* e dal *British North America Act 1867* (rinominato *Constitutional Act*), l'odierna Costituzione canadese del 1982 ha introdotto tra i suoi principi cardine la *indigenous difference* dei popoli nativi⁹⁸. Inoltre, il *Constitution Act 1982* ha visto la partecipazione diretta delle nazioni indigene, oggi definite *First Nations*, nel processo di scrittura

⁹⁵ *Williams v. Lee*, 358 US 217 (1959).

⁹⁶ S. Krakoff, op.cit. Per un approfondimento sulla *legal doctrine*, si rinvia a: E.H. Tiller e F.B. Cross, *What is legal doctrine?*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 100/1, 2006.

⁹⁷ S. Pennicino, *La rilevanza del diritto autoctono negli ordinamenti di Stati Uniti e Canada*, in G. Poggeschi (a cura di), *Le iperminoranze*, Pensa Editore, Lecce 2012, pp. 83-111.

⁹⁸ E. Ceccherini, *Il riconoscimento della indigenous difference nell'ordinamento costituzionale canadese*, in *Identità dei popoli indigeni*, op.cit., pp. 79-116. Sul principio di *indigenous difference* nell'attuale Costituzione canadese, si rinvia a: P. Macklem, *Indigenous difference and the Constitution of Canada*, University of Toronto Press 2011.

costituzionale. Il testo costituzionale, infatti, comprende la Carta dei diritti e delle libertà, che sancisce i diritti di tutti coloro che vivono sul territorio canadese, e include i diritti dei popoli indigeni (lingua, cultura, amministrazione, ecc...)⁹⁹. Il *Constitution Act* ha emendato il *British North America Act 1867*, che regolava, in precedenza, i rapporti tra indigeni e coloni. La nuova carta costituzionale si propone di garantire i diritti e le libertà dei popoli indigeni del Canada senza inficiare i diritti e le libertà precedentemente riconosciuti dal *Royal Proclamation Act 1763* e dalle rivendicazioni territoriali ("*Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment: aux droits et libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763; aux droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales*")¹⁰⁰. La carta accoglie il principio della "eredità multiculturale" ("*Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens*")¹⁰¹. I diritti dei popoli indigeni (Indiani, Inuit e Metis) sono riconosciuti e confermati (art.35, Canada Act). È garantita, infine, la partecipazione dei popoli indigeni nel processo costituente e relativamente alle questioni che riguardano i diritti dei popoli indigeni (art.37, II co., cit.). I rappresentanti dei territori indigeni dello Yukon e del Nordovest sono invitati a partecipare nelle questioni riguardanti i territori indigeni (art.37, III co., cit.)¹⁰².

Inoltre, è garantito il principio di auto-determinazione interna delle "nazioni" dei nativi relativamente ai territori da loro occupati, che, quindi, rientrano esclusivamente nella loro "sovranità". In base a questo, dunque, si sono

⁹⁹ E. Ceccherini, *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in G. Rolla (a cura di), *Eguali, ma diversi*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 58 e ss. Sulla portata innovativa della Costituzione canadese, si rimanda alla lettura di: S. Gambino e C. Amirante (a cura di), *Il Canada: un laboratorio costituzionale. Federalismo, Diritti, Corti*, Cedam, Padova 2000.

¹⁰⁰ *Canada Act 1982*, art. 25.

¹⁰¹ Idem, art. 27. Sul nuovo testo dell'art. 27 anche: D. Sanders, *Article 27 and the aboriginal people's of Canada*, in *Multiculturalism and the Charter: a legal perspective*, Canadian Human Rights Foundation Ed., Toronto, 1987, pp. 155 e ss.

¹⁰² G. Rolla, *The two souls of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *International Journal of Canadian State*, 36/2007, pp. 317 e sg.

avviate trattative tra il governo e le singole comunità di indigeni per la gestione e l'occupazione delle terre "reclamate"¹⁰³. I diritti dei nativi sono tutelati e fatti oggetto di una specifica legislazione attuativa non solo come diritti individuali, ma anche come diritti collettivi della comunità indigena¹⁰⁴. Ciò ha dato nuovo impulso alla lotta, già iniziata da alcuni decenni (le prime liti giudiziali risalgono agli anni '70), per il controllo della produzione e distribuzione delle risorse naturali, con particolare riferimento all'estrazione del petrolio, di cui le terre ghiacciate dei nativi sono ricche. Gli indigeni hanno chiesto e, nella maggior parte dei casi, ottenuto, grazie a una giurisprudenza favorevole della Corte Suprema canadese, la concessione a estrarre il petrolio. La competenza sulla distribuzione e la gestione economica, invece, è stata concessa alle compagnie petrolifere. Tuttavia, però, i popoli indigeni sono insoddisfatti e reclamano quote partecipative agli utili, nonché una presenza nei consigli di amministrazione delle compagnie che gestiscono la distribuzione dei prodotti petroliferi¹⁰⁵.

2.3 Gli aborigeni australiani e i maori neozelandesi

Similmente al Nord-America, anche Australia e Nuova Zelanda hanno intrapreso una strada originale nel riconoscimento dei diritti dei popoli aborigeni e nella qualificazione delle terre originarie, integrando quanto previsto dall'orientamento internazionale sui diritti umani. Tuttavia, malgrado la vicinanza e la comune storia come colonie britanniche, i due grandi Stati oceanici si sono differenziati notevolmente nel rapporto con le comunità indigene. La relazione colonizzatori-indigeni, infatti, è tuttora complessa in Australia, nonostante le notevoli innovazioni apportate nel corso del XX secolo da una legislazione speciale mirante a integrare le comunità native e dall'estensione

¹⁰³ M. Mazza, *La condizione giuridica dei popoli indigeni nell'ordinamento canadese*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2004, pp. 1199-1238.

¹⁰⁴ D. Johnston, *Native rights as collective rights: a question of group self-preservation*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, II, 1/1989, pp. 19-34.

¹⁰⁵ M. Mazza, *La Corte Suprema su boschi, indigeni, diritti ancestrali e treaty rights*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2005, pp. 1729-1733.

dell'interpretazione giurisprudenziale in merito al diritto alla terra degli abitanti originari. La Nuova Zelanda, invece, caso unico al mondo, si è distinta da qualsiasi altro Paese decolonizzato per il fatto di aver concluso già nel XIX secolo con le popolazioni indigene il Trattato di Waitangi, che regola tuttora tutte le attività e i diritti delle popolazioni indigene¹⁰⁶.

In *Australia*, la colonizzazione europea risale al XVII secolo e ha immediatamente aperto situazioni conflittuali tra i nuovi coloni e le popolazioni aborigene. Credendo erroneamente che il territorio fosse abitato da popoli privi di istituzioni, i coloni britannici si appropriarono dei territori dei nativi, applicando la regola consuetudinaria della *terra nullius* e senza trovare, in pratica, la minima opposizione¹⁰⁷. Si trattava, oltretutto, di un terreno estremamente ricco sia per la proprietà agricola e l'allevamento su larga scala, sia per la varietà minerale del sottosuolo (oro, argento, bauxite, carbone, petrolio e, persino, in tempi recenti, uranio). Contestualmente, le popolazioni aborigene, che vi abitavano, furono sistematicamente private di qualsiasi diritto fondamentale, essendo sottoposte a continue pratiche di sterminio e deportate in riserve¹⁰⁸.

A partire dagli anni '60 del XX secolo, l'Australia, però, cominciò ad ampliare e a ridefinire la propria legislazione nei confronti della componente aborigena della popolazione, che entrava, in tal modo, nell'agenda politica e normativa nazionale. Questo fu un fatto di notevole importanza, grazie anche al lavoro di supporto di diverse organizzazioni aborigene, ma anche di associazioni

¹⁰⁶ La differenza nella protezione dei diritti dei popoli indigeni nei paesi di *common law* e l'impatto del diritto internazionale nella gestione dei rapporti con i nativi è oggetto di trattazione di C.J. Iorns Magallanes, *International Human Rights and their impact on domestic law on indigenous peoples' rights in Australia, Canada and New Zealand*, in P. Havemann (a cura di), *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, Oxford University Press, Auckland 1999. Sulla tutela degli indigeni nella storia giuridica dei paesi di *common law* si rinvia, invece, alla lettura di M. Mazza, *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di common law*, CEDAM, Padova 2004.

¹⁰⁷ Sulla teoria della *terra nullius* e la sua vasta applicazione sul territorio australiano, si rinvia alle parole di J.H. Bodley, op.cit., p.170.

¹⁰⁸ Una minima protesta armata da parte delle popolazioni aborigene nel Territorio del Nord è stata immediatamente sedata dal governo britannico nel 1889, che, così, lo stigmatizza in modo negativo: "[...] *this is the attitude of the aborigenes towards the Europeans: Entrance into their country is an act of invasion. It is a declaration of war and they will halt at no opportunity of attacking the white invaders*" (la citazione è desunta dal sito del Central Land Council, all'indirizzo www.clc.org.au).

ambientaliste e di gruppi sostenitori dei diritti umani. Due storici avvenimenti, un'inchiesta parlamentare del 1963, relativa allo sfruttamento dei territori della popolazione indigena *Yolngu* nel nord-est dovuto alla miniera di bauxite del *Yrrkala*, e gli scioperi di lavoratori aborigeni del 1966 contro la privazione ingiustificata di terre in favore dello stabilimento industriale di *Wave Hill*, portarono al referendum del 1967. Con esso si concedeva al governo federale il potere di emanare una legislazione speciale in grado di superare qualsiasi legislazione statale sui diritti degli aborigeni e sulla regolazione delle loro risorse nei territori del Nord, ad alta densità di popolazione aborigena. I lavori per la stesura della legislazione speciale iniziarono nel 1972, con la commissione *Woodward*, che elaborò alcuni punti fondamentali, come base di qualsiasi legislazione speciale in favore dei nativi: l'obbligo di rendere giustizia a chi era stato privato della propria terra senza consenso o senza un'adeguata compensazione economica; la volontà di promuovere l'armonia e la stabilità sociale; la restituzione delle terre alle persone economicamente più disagiate per garantirne il sostentamento; l'intenzione di preservare, quanto più possibile, il legame spirituale esistente tra aborigeni e terra e, quindi, l'identità, la cultura, la lingua e le usanze aborigene; la trasformazione dell'Australia in un modello di avanguardia nel panorama internazionale riguardo la tutela dei diritti dei popoli indigeni¹⁰⁹. Questi furono i punti-chiave per il successivo *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1977* - di seguito indicato semplicemente come *Act* -, nel quale, per la prima volta, era riconosciuto il sistema aborigeno di proprietà

¹⁰⁹ Il Ministro della Giustizia Woodward, a capo della Commissione omonima, sottolineò che il perseguimento di questi punti era essenziale per raggiungere l'obiettivo comune di assicurare protezione e tutela ai diritti di tutte le popolazioni abitanti nel territorio australiano, ivi compresi gli indigeni. Per cui, lo scopo della Commissione doveva consistere in "*preserving and strengthening all Aboriginal interests in land and rights over land which exist today, particularly all those having spiritual importance; [...] ensuring that none of these interests and rights are further whittled away without consent, except in those cases where the national interest positively demands it – and then only on terms of just compensation*". Sulla compensazione, poi, lo stesso Woodward continuò ancora, affermando che: "*The provision of some basic compensation in the form of land for those Aborigines who have been irrevocably deprived of the rights and interests which they would otherwise have inherited from their ancestors, and who have obtained no sufficient compensating benefits from white society*". Il testo della relazione di accompagnamento della commissione *Woodward* è rinvenibile per intero, in versione originale, al sito www.elc.org.au.

comunitaria delle terre ancestrali, attribuendo alle comunità indigene dei Territori del Nord un titolo inalienabile di possesso *uti dominus* sulle terre tradizionali reclamate. Gli aborigeni, in tale documento, furono definiti *traditional landowners* e le antiche riserve trasformate in terra indigena. L'unico onere per entrare in possesso delle terre tradizionali consisteva nel provare il legame spirituale con la terra davanti all'*Aboriginal Land Commissioner*, identificato in un giudice della Corte Federale o della Corte Suprema del Territorio del Nord. Fu, inoltre, istituito un *Land Trust*, un "cartello" per garantire gli interessi comuni delle comunità indigene e l'occupazione e la gestione delle terre tradizionali, posto sotto la "direzione consultiva" del *Land Council*. Le funzioni del *Land Council* furono individuate nella protezione degli interessi degli aborigeni, anche in merito al diritto alla terra, nella consulenza e nell'assistenza legale, nella tenuta del registro, nella conciliazione dei conflitti interni, nella distribuzione dei profitti e degli utili e nella concessione del diritto di accesso alla terra aborigena a esterni (*Section 23, Aboriginal Land Rights Act 1977*). La stessa legge stabilì anche le modalità consentite per l'avvio di lavori minerari sulle terre aborigene e le *royalty* spettanti alle associazioni aborigene per l'utilizzo delle proprie terre a seguito dello sfruttamento minerario. Queste ultime sono tuttora pagate dal Commonwealth e dal governo del Territorio del Nord in base all'*Aboriginal Benefit Account – ABA*, allegato all'*Act*. I pagamenti sono effettuati in base alla quantità di terra aborigena sfruttata a livello minerario: il 40% circa ai *Land Council*, il 30% all'area interessata dai lavori minerari e il restante 30% alla comunità aborigena per la gestione e per l'amministrazione della vita comunitaria.

L'*Act* ottenne immediatamente rilevanza anche nel panorama internazionale per la novità con cui era trattata la questione indigena. Infatti, il criterio dell'appartenenza della popolazione nativa alle terre tradizionali e la concessione a titolo gratuito della proprietà e della gestione comunitaria della terra erano, per la prima volta, presi in considerazione da una legislazione nazionale. L'*Act*, tuttavia, aveva una portata molto limitata, riferendosi al solo Territorio del Nord, tacendo completamente, quindi, sulle altre comunità native presenti sul suolo

australiano¹¹⁰.

La situazione mutò a partire dal cosiddetto caso *Mabo*, dal nome del ricorrente Eddie Mabo, un membro della comunità aborigena *Meriam* del Queensland, che nel 1982 si rivolse all'*High Court* australiana per lamentare una violazione da parte dello Stato del Queensland dei suoi diritti fondamentali e, nella specie, del diritto di proprietà sulla terra tradizionale indigena. Mabo reclamava la proprietà indigena in assenza di documenti cartacei sulla base del solo criterio di appartenenza delle comunità aborigene alle terre tradizionali. Rivendicava, inoltre, il *modus possidendi* comunitario di tali terre, in virtù di un sistema giuridico indigeno preesistente a quello australiano. Il 3 giugno 1992, l'*High Court* australiana si espresse in merito con una sentenza considerata rivoluzionaria per la protezione dei diritti dei popoli indigeni anche nel panorama internazionale¹¹¹. Con la sentenza *Mabo*, infatti, la proprietà tradizionale indigena fu riconosciuta come "diritto nativo" (*native title*), appartenente a ogni singolo aborigeno e a tutta la comunità aborigena, in quanto diritto preesistente all'arrivo dei coloni inglesi e sopravvissuto a qualsiasi altro ordinamento successivo, perché connaturato all'esistenza delle popolazioni aborigene. Pertanto, secondo la Corte, il Paese, prima dell'insediamento britannico, non era *terra nullius* e i diritti tradizionali indigeni sono da accogliere all'interno del *common law* odierno. Di conseguenza, se oggi gli aborigeni australiani continuano a rispettare e dare effettività alle proprie leggi e costumi, possono, al contempo, vantare titoli di proprietà rispetto alla loro terra. Secondo la Corte, inoltre, si tratta di un diritto applicabile in tutto il territorio australiano, senza limitazioni di spazio e di tempo, non estinguibile da nessun altro titolo di proprietà successivo, e che comporta

¹¹⁰ D. Short, *Reconciliation, assimilation and the indigenous peoples of Australia*, in *International Political Science*, 4/2003.

¹¹¹ Edward Koiki Mabo, noto come Eddie Mabo, giardiniere di origine aborigena presso la James Cook University of Queensland, fu un attivista per i diritti degli indigeni, di cui iniziò ad occuparsi già negli anni '70. Nel 1981, intervenne ad un convegno universitario sul diritto di proprietà, esponendo il sistema di successione della terra nella sua isola nativa, l'isola di Murray nello stretto di Torres. Un avvocato che assisteva ai lavori suggerì a Mabo di reclamare, sulla base di quanto esposto, i diritti di proprietà degli indigeni attraverso le corti australiane in modo da rivoluzionare il sistema legale australiano ed eliminare, così, il concetto, ancora presente all'epoca, della *terra nullius*. Il 3 giugno di ogni anno viene celebrato il *Mabo Day*, in commemorazione dei diritti dei popoli indigeni australiani. Sul caso *Mabo*, si rinvia al sito www.reconciliation.org.au.

automaticamente anche il *modus* comunitario di possedere e gestire la terra e le risorse¹¹².

L'anno successivo, il Parlamento australiano approvò il *Native Title Act 1993*, che fissava in legge quello che già la giurisprudenza aveva riconosciuto. Il *native title* aborigeno era qui definito come un complesso di diritti e interessi spettanti agli indigeni e agli abitanti delle isole nello Stretto di Torres, in virtù delle proprie consuetudini giuridiche tradizionali, includendo sia il diritto di proprietà comunitario, sia l'accesso a determinate aree e/o risorse, ad esempio quelle di pesca, sia la visita e la protezione di zone ritenute sacre, con il solito onere di provare la stretta connessione del popolo indigeno alla terra¹¹³. Quest'innovazione legislativa rende oggi il diritto australiano all'avanguardia nella protezione dei diritti dei popoli indigeni. Circa il 15% del territorio australiano è soggetto al *native title* e sono presenti ben 629 terre indigene registrate¹¹⁴.

In *Nuova Zelanda*, i diritti dei popoli indigeni sono una conquista più antica nel tempo. Infatti, sebbene l'incontro con la cultura dei coloni occidentali fosse stato, inizialmente, traumatico, con l'immediata opposizione armata dei *maori* (cioè, dei "normali") contro i *paheka* (cioè, gli "invasori") dell'Occidente, gli indigeni avevano ottenuto dal sistema legale britannico un riconoscimento dei propri diritti già nel XIX secolo. Gli inglesi non riuscirono mai a sottomettere completamente il popolo maori e, per evitare ribellioni e ingenti perdite di vite umane, preferirono stipulare un accordo di pace, che permettesse ai coloni occidentali di perseguire il dominio sulle terre neozelandesi, conservando, al contempo, i diritti dei nativi sulle terre originarie¹¹⁵.

¹¹² *Mabo and Ors v. State of Queensland 1992*, 107 ALR 1 HC Mabo n.º2. Sulla portata rivoluzionaria della sentenza Mabo, si rinvia a: S.B. Kaye, *The Torres Strait Islands: Constitutional and sovereignty questions post-Mabo*, in *University of Queensland Law Journal*, 18/1994, p. 32 e 38; E. Ceccherini, *Il riconoscimento della indigenous difference nell'ordinamento canadese*, op.cit., p.91-92. Il testo della sentenza è consultabile online presso il sito www.nfsa.gov.au.

¹¹³ M. Mazza, *La "terra del sogno" ed il suo legame ancestrale con la popolazione aborigena australiana: riflessi costituzionali sul sistema di diritto statale vittoriano*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2005, p.119-121.

¹¹⁴ Dati riportati durante la *National Reconciliation Week* del 2014 e rinvenibili sul sito www.reconciliation.org.au.

¹¹⁵ M. Mazza, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, CEDAM, Padova 2004.

Questo compromesso fu alla base del *Trattato di Waitangi* del 1840, concluso da William Hobson, rappresentante della Corona britannica, coadiuvato da James Bumsby e James Freeman, e da quaranta capi delle tribù maori dell'Isola del Sud. Secondo il trattato, il territorio attualmente corrispondente alla Nuova Zelanda rientrava sotto il dominio inglese, l'Isola del Sud perché scoperta dal navigatore inglese James Cook e l'Isola del Nord in virtù della stipulazione del Trattato tra la Corona e i capi tribù locali. Lo stesso Trattato proteggeva gli interessi e i diritti delle popolazioni native, nuovi sudditi della Corona britannica. Era contemplata la tutela della lingua, della cultura e delle tradizioni maori. Inoltre, secondo il Trattato, gli indigeni continuavano a godere del diritto di possesso esclusivo e indisturbato delle terre tradizionali, oltre che dei diritti di pesca e di sfruttamento delle risorse naturali in esse presenti ("*full exclusive and undisturbed possession of their Lands and Estates Forests Fisheries and other properties*")¹¹⁶. Tuttavia, nel caso di un'eventuale alienazione delle proprie terre, i proprietari indigeni sarebbero stati obbligati a fare prima una pubblica offerta alla Corona britannica, che manteneva il diritto di prelazione sulle terre aborigene ("*the exclusive right of the Pre-emption*"), a un prezzo concordato tra i proprietari indigeni e i rappresentanti della Corona ("*at such prices as may be agreed upon between the respective Proprietors and the persons appointed by H.M. to treat with them in that behalf*")¹¹⁷. Era, dunque, un'enorme conquista per la popolazione "aborigena" (così definita, in senso qualificativo, dallo stesso Trattato, all'art. 2), perché si riconosceva un vero e proprio titolo di proprietà, tale da legittimare l'attività economica dei maori sulle proprie terre e la possibilità di venderle e/o concederle in uso a terzi, anche se come terza parte era da intendersi la Corona inglese¹¹⁸.

Oggi, i principi contenuti nel Trattato di Waitangi, sebbene mai inclusi in uno *Statute* di rango costituzionale, sono diventati parte integrante di diversi *Statute* neozelandesi, ribaditi anche nella giurisprudenza. Nel 1975 l'intero

¹¹⁶ T. Scovazzi, *Kawanatanga e Rangatiratanga: a proposito del Trattato di Waitangi*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994, p. 724.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ A. Di Lieto, op.cit., p. 134.

Trattato originario è stato "copiato" all'interno del *Treaty of Waitangi Act 1975*, secondo il quale le violazioni del Trattato devono essere giudicate da un giudice *ad hoc*, il Tribunale di Waitangi. Sono stati, inoltre, creati tribunali specializzati per i conflitti relativi alle terre maori e alle risorse naturali in esse esistenti, come la *Maori Land Court* e l'*Environment Court*. In particolare, la *Maori Land Court*, istituita già nel 1865 dal *Native Lands Act 1865* con il nome di *Native Land Court*, è competente tuttora per i ricorsi di proprietà dei nativi sulle terre ancestrali. Nata originariamente con il compito di trasformare il possesso consuetudinario indigeno della terra in un titolo di proprietà valido sotto il diritto inglese e per incoraggiare, al contempo, l'alienazione delle terre maori alla Corona e, quindi, ai coloni britannici, le sue competenze sono state allargate nel 1993 dal *Te Ture Whenua Maori Act 1993*. Oggi, la Corte è competente a giudicare su tutte le materie concernenti la terra maori e, quindi, anche sulla gestione economica delle risorse naturali da parte delle comunità indigene e sulla divisione degli utili provenienti dal loro sfruttamento. Le decisioni della Corte possono essere oggetto d'appello davanti alla *Maori Appellate Court*, composta da un collegio di tre giudici maori. La giurisprudenza delle Corti maori tenta di salvaguardare le consuetudini maori, integrandole nel diritto nazionale¹¹⁹.

Il diritto consuetudinario maori è entrato negli schemi del *common law*, come consuetudine giuridica più efficace per la risoluzione di questioni economiche, commerciali e ambientali. L'odierna legislazione ambientale, infatti, trae ispirazione proprio dalle consuetudini maori. Ciò ha reso il diritto neozelandese particolarmente innovativo e sensibile alle odierne problematiche ambientali e alle questioni concernenti i beni comuni (*commons*).

¹¹⁹ J. Williams, *Maori Land Court: A separate legal system?*, New Zealand Centre of Public law, Wellington 2001.

2.4 I saami dell'Artico scandinavo

I *saami* (o *sámi*) sono una popolazione indigena europea che vive nell'estremo nord del continente in un'ampia area, il cosiddetto *Sápmi* (o *Lapland* o *Sámi-Land*), che si estende dalle regioni settentrionali dei paesi scandinavi (Norvegia, Svezia e Finlandia) fino alla penisola di Kola in Russia. Essi si definiscono "*un unico popolo diviso in quattro paesi*" e vantano un'origine antica delle proprie usanze e della propria cultura, vissuta in armonia con la Madre Terra e la natura¹²⁰.

Storicamente, si tratta di un popolo che è stato spinto all'estremo nord dall'avanzata e dall'espansione degli stati nazionali nel XVI secolo e, in particolare, dal formarsi del Regno di Danimarca, che comprendeva anche la Norvegia, l'Islanda, la Groenlandia, le isole Far Øer e l'isola Jan Mayen, e del Regno di Svezia, di cui la Finlandia ha fatto parte come granducato fino alla sua cessione alla Russia nel 1809. I rapporti tra le potenze europee e gli indigeni del nord, inizialmente, si basavano su trattati commerciali di diritto internazionale. I territori occupati dai saami rimanevano in una zona non ben definita di confine, per cui i saami pagavano un tributo ai regni scandinavi in cambio di protezione militare. Col tempo, la mancata definizione delle frontiere settentrionali divenne il pretesto per una serie di guerre di confine tra Norvegia e Svezia, che si conclusero nel 1751 con la stipulazione di un trattato che confermava la sovranità dei due regni scandinavi sulle regioni artiche, definendo i confini. Al trattato fu accluso il *Lapp Codicill*, nel quale si affermava l'esistenza del popolo saami e il suo diritto "tradizionale" alle terre storicamente occupate come "diritto preesistente"¹²¹. Pur nella sua portata innovativa, tuttavia, il *Codicill* non creava un titolo cartolare che confermasse la proprietà degli indigeni, limitandosi solo a riconoscere l'uso prolungato e pacifico delle terre da parte dei nativi. Una

¹²⁰ L.A. Baer, *The rights of indigenous peoples. A brief introduction in the context of the Sámi*, in *International Journal on Minorities and Group Rights*, 2005. L'espressione virgolettata in corsivo, invece, è rintracciabile nel manifesto *The Sámi – One people in four countries*, consultabile online al sito www.samediggi.no.

¹²¹ S. Errico, *L'esperienza dei paesi scandinavi: il caso del popolo Sámi*, in A.L. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), op.cit., p. 151 e sg.

protezione così debole generò, nel XIX secolo, controversie sul possesso effettivo delle terre artiche. Infatti, i regni scandinavi iniziarono a reclamare la propria sovranità territoriale sulle terre saami. La Norvegia, così, avviò un vero e proprio processo di colonizzazione dell'area (*norwegianization*), inibendo ai nativi la possibilità di acquistare terre o di ottenere diritti su esse, compreso il diritto di pascolo dal quale dipendeva la sussistenza dei nativi. I conflitti giuridici tra popolazione saami e popolazione non-saami si risolsero in favore dei norvegesi. Anche la Svezia favorì l'insediamento di comunità nazionali a scapito degli autoctoni, pur mantenendo ossessivamente una divisione etnica tra svedesi e saami. A causa delle lacune contenute nel *Codicill*, tutte le terre nordiche furono dichiarate esclusiva e inalienabile proprietà della Corona, per cui potevano essere concessi solo titoli legali di possesso, uso e usufrutto, che, tuttavia, furono costantemente negati alla popolazione saami¹²².

Fino a oltre la prima metà del XX secolo, la tutela giuridica dei saami e delle loro terre fu pressoché inesistente. Nel 1953 si riunì, su iniziativa della stessa popolazione saami, il primo *Nordic Sámi Council*, organo di confronto tra le comunità indigene dell'Artico. Nel 1973, invece, sull'onda dell'attenzione crescente in ambito internazionale per i diritti delle minoranze autoctone, si tenne a Copenaghen la *First Circumpolar Arctic People's Conference*, cioè la prima conferenza internazionale dei popoli indigeni artici, il cui obiettivo specifico era quello di sollecitare i governi a chiedere una maggiore protezione delle minoranze indigene. La *First Circumpolar Arctic People's Conference* definì, per la prima volta, il termine "*autoctono*" come "*parte integrante della terra e dell'acqua che abbiamo tradizionalmente usato e occupato*"¹²³.

Tra gli anni '70 e gli anni '80, il progetto di costruzione di una diga, con annesso impianto idroelettrico, nella valle di Alta, nei territori saami norvegesi, diede un nuovo impulso alle rivendicazioni dei nativi. In questa occasione, i saami reclamarono i diritti preesistenti sui loro territori tradizionali, comprendenti la valle di Alta, rendendo impossibile la costruzione della diga e costringendo le

¹²² S. Errico, op.cit. p. 154.

¹²³ J.H. Bodley, op.cit., p. 197. Le dichiarazioni della *First Ciurcumpolar Arctic People's Conference* sono consultabili online al sito www.samicouncil.net.

autorità norvegesi a rivedere la propria posizione sui diritti indigeni. La minoranza saami fece ricorso all'allora Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, sollevando una violazione da parte dello Stato norvegese dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e chiedendo, al contempo, il diritto all'auto-determinazione interna sulla propria terra (*G and E vs. Norway*, comunicazione n°. 9278/81 e 9415/81; decisione sull'ammissibilità del 3.10.1983)¹²⁴.

A partire dagli anni '80, tutta la regione scandinava si è dotata di *Saami Acts*, costitutivi dei cosiddetti "parlamenti saami". La Norvegia, nel 1987, con il *Norwegian Sámi Act*, ha riconosciuto la presenza indigena sul territorio nazionale norvegese, ha modificato l'articolo 110^a della Costituzione, introducendo tra le responsabilità delle pubbliche autorità quella di favorire le condizioni per l'esistenza del popolo saami e la preservazione della sua cultura, patrimonio di tutto il popolo norvegese, e ha istituito il parlamento saami, primo esempio nella regione scandinava, con funzioni meramente consultive. Si tratta di un potere consultivo limitato alle sole materie culturali, non vincolante per il governo, in quanto, più che altro, espressione di un "punto di vista". Nel 1990 la Norvegia ha ratificato la Convenzione OIL 169/89. Su questa base, la giurisprudenza norvegese ha accolto il criterio dell'ancestralità delle terre tradizionalmente occupate, come tutelato dalla Convenzione OIL. Un esempio è dato dal caso *Svartskog* del 2001, in cui, per la prima volta, una Corte norvegese ha riconosciuto la proprietà comune saami per "uso immemore" delle terre¹²⁵.

La Finlandia, nel 1995, ha emanato il *Finnish Sámi Act* (n.974/1995, riforma n.1026/2003), con il quale istituisce un parlamento saami come assemblea, il cui compito è di esprimere pareri vincolanti sugli atti normativi relativi al territorio e

¹²⁴ S. Errico, op.cit., p. 156. Sul caso della diga di Alta si rinvia alla lettura di: H. Minde, *Sámi land rights in Norway: a test case for indigenous peoples*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2001. L'intervento della Commissione Europea sulle richieste saami è trattato da: S. Errico e B. Hocking, *Reparations for indigenous peoples in Europe: the case of the Sámi people*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for indigenous peoples. International and comparative perspectives*, Oxford 2008, p. 364 e sg.

¹²⁵ S. Errico, op.cit., p. 158-160; M. Mazza, *I diritti degli indigeni saami all'uso comune delle terre nel Finnmark (Norvegia del Nord)*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2013, p. 893-922. Il testo della sentenza *Svartskog* del 2001 è consultabile online al sito www.galdu.org.

alle materie dei saami. Il parlamento saami finlandese, diversamente dal suo omologo norvegese, può intervenire nell'*iter* legislativo, sia fornendo pareri vincolanti, sia proponendo iniziative alle autorità statali per tutelare gli interessi (e non la sola cultura) dei saami. La pubblica amministrazione, inoltre, è obbligata a negoziare con il parlamento saami l'adozione di misure specifiche che possano preservare lo *status* tutelato della minoranza indigena. Il primo marzo 2000, è entrata in vigore la nuova Costituzione finlandese (*Suomen perustuslaki*, n.731/1999), che ha accolto in un unico testo i precedenti *Act* di rango costituzionale¹²⁶. Il nuovo art.17, III co., della Costituzione riconosce i saami come "popolo indigeno", accogliendo la terminologia proveniente dal diritto internazionale, e tutela la lingua e la cultura saami ("*The Saami, as an indigenous people, [...] have the right to maintain and develop their own language and culture*")¹²⁷.

In Svezia, la protezione dei diritti della minoranza indigena è stata più complessa e, per certi versi, non ancora del tutto piena e completa. Nessuna riforma costituzionale ha introdotto il formale riconoscimento dell'esistenza del popolo saami. L'unico riferimento alla popolazione saami è riscontrabile all'articolo 20, ultimo comma, della Costituzione, laddove è detto che il diritto della popolazione saami di allevare renne è disciplinato dalla legge ("*The right of the Sami population to practise reindeer husbandry is regulated in law*")¹²⁸. Si tratta di uno sporadico cenno alla "popolazione" saami, peraltro mai definita "popolo indigeno". Un altro minimo riconoscimento è ricostruibile a partire dalla Convenzione-quadro per la Protezione delle Minoranze Nazionali, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1995, in cui, la Svezia ha dichiarato che le minoranze nazionali presenti nel proprio territorio sono Rom, Ebrei, Finno-Svedesi, Tornedalers e Sámi. Nel 1992 lo *Swedish Sámi Act* (o *Sametingslag*) ha istituito il parlamento saami svedese, al fine di preservare la cultura e la vita dei saami,

¹²⁶ Fino al 1999, la Costituzione finlandese era divisa in quattro leggi costituzionali: il *Suomen hallitusmuoto* del 1919, contenente i diritti e le libertà fondamentali; il *Valtiopaivajarjesty*s del 1906 (riformato nel 1928) sul Parlamento finlandese; il *Ministerivastuulaki* del 1922 sul Governo; il *Laki valtakunnanoikeudesta* del 1922 sul sistema giudiziario.

¹²⁷ *Constitution of Finland 2000*. S. Errico, op.cit, p. 161 e sg.

¹²⁸ *Constitution of Sweden 1974*.

promuovendola attraverso una legislazione adeguata. Benché il *sametinget* svedese sia definito con la doppia funzione di "parlamento" della minoranza saami, eletto dal popolo, e di "agenzia di Stato", con competenze amministrative per promuovere l'autodeterminazione saami all'interno dell'unità nazionale, i compiti veri e propri sono molto limitati. Al parlamento saami svedese, infatti, non spettano quelle funzioni consultive del suo corrispondente norvegese, né l'obbligo di negoziazione e il potere di iniziativa di quello finlandese. La legislazione continua a tacere in merito e il parlamento saami svedese sembra, per il momento, avere solo una funzione di preservazione culturale¹²⁹. Un'aspra critica da parte dello *Special Rapporteur* per la protezione dei popoli indigeni delle Nazioni Unite, James Anaya, sulla carenza di tutela dei saami nella legislazione svedese, con particolare riferimento alle risorse minerarie e forestali e allo sfruttamento dell'energia eolica, sta, oggi, incentivando una legislazione speciale per la minoranza saami¹³⁰. Una riforma costituzionale svedese (n.2009/10.80), in vigore dal 2011, riconosce ora i saami come "popolo", distinguendolo dal concetto di "minoranza".

In generale, i parlamenti saami, anche se spesso elogiati per la forma innovativa nella protezione dei diritti degli indigeni, danno, in realtà, una tutela molto limitata ai nativi. Le assemblee saami, infatti, rispondono solo al criterio dell'autonomia culturale e non a quello dell'autonomia territoriale e, perciò, hanno una scarsa influenza sulle istituzioni statali sul piano territoriale¹³¹. I saami rivendicano, tuttora, una maggiore partecipazione nei procedimenti decisionali riguardanti la salvaguardia della natura e dell'ambiente e la gestione delle risorse naturali¹³². A tal proposito, sia il Comitato Consultivo del Consiglio d'Europa, sia i Comitati delle Nazioni Unite hanno proposto ai Paesi scandinavi di introdurre

¹²⁹ S. Errico, op.cit. pp. 161 e ss.

¹³⁰ J. Anaya, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of the Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Add.: The Situation of the Sami People in the Sápmi Region of Norway, Sweden and Finland*, Human Rights Council, A/HRC/18/XX/Add.Y, 12 gennaio 2011, at. 12.

¹³¹ M. Mazza, *Diritto Polare*, Filo Diritto Editore, Bologna 2014; M. Mazza, *Percorsi di ricerca del diritto polare*, Jovene, Napoli 2011.

¹³² M. Mazza, *I diritti degli indigeni sulle risorse naturali ed energetiche negli Stati artici. Profili internazionali e comparati*, Jovene, Napoli 2012.

un'adeguata legislazione in merito o, comunque, di eliminare quelle ambiguità e quelle incertezze legali presenti nei loro ordinamenti, ampliando, così, lo spazio di intervento della popolazione saami nella gestione del territorio¹³³.

Un'apertura maggiore, invece, è arrivata di recente dall'intervento della giurisprudenza, che, pur mantenendo ferma l'idea della proprietà statale sulle terre saami, ha riconosciuto una serie di diritti d'uso inalienabili, come, ad esempio, il diritto alla compensazione economica per il mancato o impedito uso delle terre nordiche storicamente connesse alla sussistenza e all'esistenza dello stesso popolo saami. Sono i cosiddetti *Reindeer Grazing Cases*, relativi alla regolazione dello sfruttamento di alcune terre per l'allevamento delle renne, fonte dell'economia tradizionale saami¹³⁴. Pur essendo particolarmente difficile riconoscere la terra saami destinata al pascolo libero delle renne, a causa del tendenziale nomadismo degli indigeni nordici, quando l'interpretazione letterale lo permette, i giudici tendono a pronunciarsi in modo favorevole alla popolazione saami. Paradigmatico è il caso *Selbu*, nel quale una Corte norvegese ha stabilito che grava sul proprietario non-saami, richiedente un risarcimento, l'onere della prova, vista la palese difficoltà di dimostrare le tracce del passaggio di una comunità nomade di allevatori saami¹³⁵.

¹³³ Sulle aspirazioni di Unione Europea e Nazioni Unite per la protezione dei diritti dei saami nel nord Europa si rinvia alla lettura del rapporto *The Indigenous World 2006* dell'associazione IWGIA, consultabile online al sito www.iwgia.net.

¹³⁴ A. Eide, *Legal and normative bases for Saami claims to land in the Nordic*, in *International Journal on Minority and Group Rights* 2001.

¹³⁵ S. Errico, op.cit. p. 168.

Capitolo II

Costituzionalismo e diritti dei popoli indigeni in America latina

1. La transizione costituzionale alla democrazia

Dopo la colonizzazione spagnola e portoghese, l'America latina, ha conosciuto due importanti passaggi nella sua storia costituzionale. Il primo di questi è collocabile durante la fase di decolonizzazione del XIX secolo, momento in cui, con la nascita degli Stati indipendenti e nazionali, furono adottate Costituzioni e codificazioni formalmente di stampo liberale. Il costituzionalismo, però, si instaurava quando ancora non esistevano i presupposti per lo Stato di diritto e, quindi, non poteva garantirne la vigenza. Questo favorì uno sviluppo storico e politico diverso rispetto a quello europeo e nordamericano, con la costante violazione della forma e dell'essenza costituzionale¹³⁶. Il secondo importante passaggio storico-costituzionale dell'America latina, invece, è legato alla transizione democratica degli ultimi trenta/quarant'anni. Il ristabilimento dei valori democratici e l'affermazione di un nuovo potere costituente hanno portato l'America latina a diventare quel "*laboratorio sociologico vivo*" e quella "*democrazia del dialogo*" odierna, comprensiva di tutte le forme di convivenza umana e politica e garante dei diritti fondamentali¹³⁷.

I Paesi dell'America latina, infatti, sono inseriti, perlopiù, nella cosiddetta "terza ondata" di democratizzazione, che ha coinvolto, fra il 1974 (25 aprile, data

¹³⁶ G. Donati, *L'evoluzione del diritto pubblico in America latina dalle origini ad oggi. La giustizia costituzionale in Sudamerica*, CEDAM, Padova 2011, pp. 174-175.

¹³⁷ H.R. Horn, *Generaciones de derechos fundamentales en el Estado constitucional cooperativo. Contribuciones iberoamericanas al constitucionalismo*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, op.cit., pp. 251-288.

del colpo di stato che mise fine al regime fascista in Portogallo) e il 1990, circa una trentina di Paesi, transitati gradualmente da un regime autoritario e/o militare a un sistema democratico¹³⁸.

Per "transizione democratica" s'intende un fenomeno complesso che segna il passaggio di un Paese dall'autoritarismo alla democrazia attraverso una serie di tappe e di fenomeni spesso etero-diretti da eventi storici e da condizioni socio-culturali¹³⁹. Per questo motivo, la transizione si insedia in un intervallo temporale delimitato dal processo di dissoluzione di un regime non democratico, da una parte, e dall'instaurazione di una forma democratica, dall'altra. Questo comporta la creazione di una serie di ordinamenti e di sistemi politico-istituzionali difficilmente inquadrabili e soggette a continue fluttuazioni dipendenti dalle variabili dell'ordinamento (il consenso, il sistema partitico, la partecipazione popolare, la debolezza o meno del settore amministrativo statale), fino al raggiungimento di un sistema democratico¹⁴⁰.

Ogni processo di transizione consta, perciò, di diverse fasi, sintetizzabili in due tappe storico-politiche principali: il momento della *liberalizzazione*, in cui sono ridefiniti ed estesi i diritti politici e civili e sono ampliate le libertà e le garanzie; il momento della *democratizzazione*, in cui è adottata una graduale trasformazione dello Stato, con l'inclusione dei concetti di cittadinanza e di partecipazione e il riconoscimento dei diritti, estesi anche a soggetti prima esclusi. In realtà, liberalizzazione e democratizzazione non sono affatto termini sinonimici, in quanto, senza la prima fase, la sola democratizzazione degenererebbe in populismo, mentre, senza la seconda, la liberalizzazione sarebbe manipolata dal governo. È il caso delle cosiddette *dictablandas* o *democraduras*,

¹³⁸ S. Huntington, *La terza ondata: i processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna 1998, pp. 25-53.

¹³⁹ A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia: esperienze e modelli di giustizia post-autoritaria*, Franco Angeli Edizioni, Milano 2012, p. 33.

¹⁴⁰ G. O'Donnell e P.C. Schmitter, *Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*, The John Hopkins University Press, Baltimora/Londra 1986, pp. 4-5. Il paradigma della transizione è recentemente contestato da una parte della dottrina giuridica americana, che si sofferma sull'impossibilità di trattare con un comune denominatore situazioni difficilmente paragonabili per diversità di contesto storico, sociale, nazionale, politico ed economico; per un approfondimento, si rinvia a: T. Carothers, *The end of the transition paradigm*, in *Journal of Democracy*, vol. 13, n.1, 2002.

gradazioni nel passaggio di transizione, diffuse nella trasformazione democratica latino-americana¹⁴¹. Al tempo stesso, liberalizzazione e democratizzazione non devono avvenire in contemporanea, ma in necessaria e contigua successione, e devono essere seguite da un processo di consolidamento e stabilizzazione delle regole democratiche, la cosiddetta *socializzazione*, in cui sono distribuiti i poteri ed è ridefinito il sistema economico¹⁴². Quando la transizione si accompagna a un processo di costituzionalizzazione, come è accaduto in tutti i Paesi della cosiddetta "terza ondata", è necessario ricomporre gli equilibri politici con l'affermazione di un nuovo potere costituente che garantisca la formazione di nuovi soggetti giuridici e il cambiamento di regime politico. Il processo di transizione, pertanto, si polarizza nell'adozione di una nuova Costituzione o nella riforma della Costituzione precedente, così come è avvenuto in tutti i Paesi dell'America latina¹⁴³.

Anche nella transizione democratica latino-americana, infatti, è stato possibile distinguere le due fasi di liberalizzazione e democratizzazione¹⁴⁴. Per l'esattezza, quasi tutto il XX secolo è stato caratterizzato in America latina da un'alternanza di fasi in cui le Costituzioni liberali erano applicate, rispettando i principi e le garanzie in esse previste, e fasi "emergenziali" (cosiddetto *stato di emergenza*), in cui la sicurezza diventava il valore costituzionale fondamentale, prendendo il posto dei diritti individuali, fortemente limitati o addirittura negati. Durante queste fasi "emergenziali", il potere esecutivo era delegato a una ristretta cerchia (una forte figura presidenziale, un regime mono-partitico e/o oligarchico, un governo militare più o meno diretto). Scompareva quasi del tutto il ruolo del legislativo e sfumavano i limiti fra potere costituente e potere di revisione, mentre tutti gli atti governativi e militari erano sottratti al controllo giurisdizionale¹⁴⁵. I

¹⁴¹ G. O'Donnell e P.C.Schmitter, op.cit., p.9.

¹⁴² Idem, p.13.

¹⁴³ G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna 1998, pp. 158-169.

¹⁴⁴ L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Cedam, Padova 2003, pp. 586-587.

¹⁴⁵ G. De Vergottini, op.cit., pp. 91-93. Per un ulteriore approfondimento sullo Stato di emergenza, si rinvia a: G. De Vergottini (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America latina*, Giappichelli, Torino 1997.

regimi autoritari latino-americani facevano leva, in particolare, su un radicalismo populista e massificatore, trainato dalla figura-chiave di un *leader* o di un gruppo partitico o militare, il cosiddetto *caudillismo*, che lasciava piuttosto debole il sistema statale e partitico. Si tratta di un problema ancora oggi molto sentito. Per tutta la seconda parte del secolo, nella quasi totalità degli Stati latino-americani, si sono succeduti colpi di stato che hanno portato a violenti regimi dittatoriali: la giunta militare brasiliana (1964-1985); la dittatura militare in Argentina (1976-1983) e in Uruguay (1973-1985); il regime di Stroessner in Paraguay (1954-1989) e quello di Pinochet in Cile (1973-1989); la serie di golpe militari in Perù (1968-1993), in Bolivia (1964-1982) e in Ecuador (1963-1979).

Fino agli anni '80, il sistema politico latino-americano si è caratterizzato per un modello burocratico-autoritario, basato tendenzialmente su uno stato di emergenza perenne e, quindi, su misure straordinarie già previste all'interno dei testi costituzionali, che sospendevano, parzialmente o totalmente, le tutele costituzionali. I militari, infatti, assumevano il potere attraverso atti e statuti istituzionali, i quali vestivano di legittimità costituzionale il regime dittatoriale, pur con disposizioni esecutive transitorie e arbitrarie che modificavano la portata delle norme e delle garanzie costituzionali¹⁴⁶.

Negli anni '80, una volta iniziata la fase di transizione alla democrazia, si è, invece, preferito continuare la tradizione istituzionale precedente, per non creare una profonda frattura nel contesto politico-giuridico. Regole e procedure precedenti alla transizione, infatti, hanno ripreso vita, se ritenute utili e compatibili con il nuovo assetto democratico, mentre tutto il sistema si è gradualmente trasformato in accordo ai nuovi valori costituzionali¹⁴⁷. Spesso, i mutamenti prodottisi nelle istituzioni e nella società sono stati inseriti all'interno delle Costituzioni vigenti, in modo da attuare una transizione graduale e senza fratture. In Cile, per esempio, la Costituzione tuttora in vigore è quella del 1980, emanata durante la dittatura di Pinochet e sottoposta a continue revisioni e

¹⁴⁶ G. Donati, op.cit., p. 161.

¹⁴⁷ B. Gaddes, *Initiation of New Democratic Institutions in Eastern Europe and Latin America*, in A. Lijphart e C.H. Waisman (a cura di), *Institutional Design in New Democracies: Eastern Europe and Latin America*, Boulder, Oxford 1996, p. 30.

modifiche (dal 1989 al 2015), anche in via referendaria (così, il *referendum* del 1989 che ha aperto alle libere elezioni), in modo da eliminare tutte le parti non democratiche dal testo costituzionale. In Argentina, la vecchia Costituzione liberale del 1853 è stata totalmente revisionata nel 1994, dopo una fase di transizione democratica iniziata nel 1983, con la caduta del regime autoritario dei militari, e durata un decennio. Similmente è avvenuto in Uruguay, dove la transizione democratica è iniziata gradualmente negli anni '80, con la caduta del regime militare e il ritorno a libere elezioni nel 1985, mentre la Costituzione del 1967 è rimasta in vigore, pur subendo radicali revisioni di tutto il testo nel 1989 e nel 1997. In altri casi, invece, alla fase di transizione si è accompagnata, in contemporanea, una fase di costituzionalizzazione, con assemblee costituenti votate alle prime elezioni generali o formatesi nei successivi due anni. Così è accaduto in Colombia con la Costituzione del 1991, in Paraguay nel 1992 e in Perù nel 1993.

Tuttavia, nel caso specifico latino-americano, è necessario distinguere tra una fase di transizione vera e propria, in cui la forma democratica dello Stato è costruita o ricostruita attraverso una serie di cambiamenti e di passaggi, che mirano a indebolire il regime autoritario per sostituirlo totalmente, e una fase successiva alle prime elezioni democratiche o di consolidamento delle nuove istituzioni democratiche. Le condizioni favorevoli alla prima fase non sempre sono necessarie per la seconda¹⁴⁸. Le transizioni latino-americane sono state causate da un continuo potenziamento di fattori democratici contemporanei alle dittature, che hanno iniziato a far venire meno lo stato d'emergenza e le disposizioni incostituzionali, ampliando la tutela dei diritti fondamentali¹⁴⁹. Determinanti, ad esempio, sono stati il ruolo giocato dalla Chiesa, gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani (in primis, la Convenzione Interamericana del 1969, che ha creato la Corte Interamericana), il calo di legittimità dei governi autoritari, le crisi economiche contemporanee, i mutamenti sociali, l'intervento di attori esterni. Inoltre, le transizioni sono state fortemente potenziate da un

¹⁴⁸ L. Mezzetti, op.cit, p. 588.

¹⁴⁹ G. De Vergottini, op.cit. p. 203.

"effetto-valanga" dimostrativo, che ha coinvolto tutti i Paesi latino-americani: le tendenze democratiche di un Paese influenzavano anche gli altri Paesi¹⁵⁰.

La rottura con il passato autoritario, nella maggior parte dei casi, ha portato al potere governi progressisti, più propensi alla tutela delle minoranze e ai diritti di ultima generazione. Inoltre, si è strutturata una politica economica differente dal capitalismo di stampo occidentale e liberale, che fonda le proprie radici nella cultura indigena locale. Ne sono un esempio le Repubbliche andine e, in particolare, gli sviluppi più recenti di Bolivia ed Ecuador. Un ruolo determinante per questa apertura in chiave democratica e sociale è stato svolto dalla tendenza latino-americana odierna a riconoscere un ordinamento giuridico sovranazionale per la tutela dei diritti umani (così, sia la Convenzione interamericana, sia il trattato di Cartagena, che ha istituito la Comunità Andina).

Il consolidamento democratico, invece, si connota per la "stabilizzazione" delle istituzioni democratiche e la distribuzione dei poteri e dell'economia, cioè per un processo di *"adattamento-congelamento delle strutture e delle norme democratiche accettate parzialmente o integralmente come legittime dalla società civile"*¹⁵¹. Inoltre, il rapporto fra "normalità" ed "eccezionalità" riceve una disciplina più rigorosa, con la previsione di limiti temporali e procedurali alla sospensione delle garanzie fondamentali e con controlli giurisdizionali sulla proclamazione delle emergenze. Si forma una protezione processuale dei diritti e delle libertà, mentre le procedure decisionali sono razionalizzate¹⁵². La transizione democratica consta, dunque, nel processo dinamico di formazione di una nuova Costituzione, con il cambiamento della forma di stato o anche solo della forma di governo, il cui risultato è la "democratizzazione" delle istituzioni statali¹⁵³.

Tutti i soggetti politici devono accettare le regole del gioco democratico. I Paesi latino-americani, perciò, hanno adottato una strategia comune per la trasformazione della forma di stato in senso democratico, senza strappi profondi

¹⁵⁰ Relativamente alle cause determinanti della transizione e al potenziamento derivante dall'effetto-valanga, si rinvia a: S. Huntington, op.cit., pp. 50 e ss.

¹⁵¹ L. Morlino, *Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis*, in *Revista española de investigaciones sociológicas*, 35/1986, p. 19; G. O'Donnell e P.C. Schmitter, op.cit., p. 13.

¹⁵² G. De Vergottini, op.cit., p. 29.

¹⁵³ Idem, pp. 162 e 168-169.

con l'apparato burocratico-amministrativo del regime non democratico precedente. Le nuove Costituzioni o le nuove revisioni costituzionali hanno tendenzialmente confermato la forma presidenzialista, regola difficilmente derogabile pur negli sviluppi peculiari di ogni Paese, e un sistema elettorale maggioritario¹⁵⁴. Il presidenzialismo latino-americano riceve, infatti, una forte legittimazione popolare dalle elezioni. Benché le odierne revisioni costituzionali abbiano tentato di circoscrivere il potere esecutivo per scongiurare qualsiasi deriva autocratica, introducendo, per esempio, il rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo o separando nettamente le funzioni del Presidente da quelle del capo del governo, la tendenza attuale rimane spesso quella di un "cesarismo rappresentativo"¹⁵⁵. Al Presidente, infatti, i nuovi assetti democratici conferiscono ampi poteri, tra i quali quelli di veto e di decreto¹⁵⁶. L'ipertrofia dei poteri presidenziali nei Paesi latino-americani ha spesso portato a indebolire i poteri del parlamento, deformando il regime presidenziale classico¹⁵⁷.

La nuova formula costituzionale, comunque, ha previsto, come controaltare, un parlamento "rafforzato" nella sua funzione legislativa e nel controllo dell'operato governativo, che entra anche nella dialettica dello stato d'emergenza, circoscrivendo il potere esecutivo. In tal senso, può essere letta la creazione di commissioni di inchiesta parlamentari. Alcuni Stati, come l'Argentina, il Paraguay e il Brasile, obbligano il Presidente a informare il Parlamento riguardo all'attività esecutiva e a ottenerne il consenso, creando un "mutuo blocco" tra i poteri. Nel tentativo di rinsaldare la posizione del legislativo di fronte all'egemonia dell'esecutivo, generalmente, le nuove Costituzioni latino-americane hanno preferito il bicameralismo (ad eccezione del Venezuela, unico Stato con

¹⁵⁴ M. Alcantara Saez, *Sobre el concepto de Países en vías de consolidación democrática*, in *Revista de estudios políticos*, 74/1991, p. 122. Per un ulteriore approfondimento sulle dinamiche costituzionali nel processo di transizione e consolidamento, si rinvia a: M.S. Shugart e J.M. Carey, *Presidents and Assemblies. Constitutional Designs and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992. Per il caso specifico dell'America latina, si rinvia a: S. Morgenstern e B. Nacif (a cura di), *Legislative politics in Latin America*, Cambridge University Press 2002.

¹⁵⁵ L. Mezzetti, *Transizioni costituzionali e consolidamento democratico*, in L. Mezzetti, *Le democrazie incerte*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 363.

¹⁵⁶ Idem, pp. 329-465.

¹⁵⁷ M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, ISST, Parigi 1970, p. 213.

Parlamento monocamerale nell'America latina) e hanno introdotto o potenziato gli strumenti di democrazia diretta, quali l'iniziativa legislativa popolare, le consultazioni popolari (consulta plebiscitaria) e il *referendum*¹⁵⁸. Nonostante la maggior parte degli Stati latino-americani abbia prediletto una struttura unitaria (solo Argentina, Brasile, Venezuela e Messico contemplano una struttura federale dello Stato), in tutta l'America latina c'è stata una forte tendenza al decentramento amministrativo. Nello specifico, poi, la nuova unità amministrativa è stata identificata nel *municipio*, unità primaria e autonoma di governo dentro il sistema politico nazionale. Si tratta dell'applicazione del *principio autonómico*, configurato come "*el derecho y capacidad efectiva de las colectividades locales para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en el marco de la ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus propios habitantes*"¹⁵⁹. Così, la Costituzione della Colombia (1991) e quella del Paraguay (1992) definiscono la nazione come "decentralizzata" e la "municipalità" (*municipalidad*) come integrante dell'organizzazione territoriale dello Stato e dotata di autonomia municipale. La Costituzione del Brasile (1988) riconosce, per la prima volta, la "municipalità" come entità di rango costituzionale.

La fase di transizione ha comportato anche una riforma integrale del potere giudiziario e della tutela giurisdizionale dei diritti, soggetti a plurime violazioni durante i regimi autoritari. Il potere giudiziario è stato reso indipendente e autonomo rispetto agli altri poteri, scongiurando il rischio di una soggezione al potere esecutivo. Per fare ciò, sono state concepite norme che selezionano il personale della magistratura in modo altamente qualificato. In Argentina, ad esempio, i magistrati sono cooptati direttamente dal Consiglio Superiore della Magistratura. In Paraguay, i giudici sono nominati dalla Corte Suprema su proposta del Consiglio Superiore della Magistratura. In Cile, la scelta è affidata al Presidente della Repubblica, ma su terne di nomi proposte dalle Corti d'Appello interessate. Nella maggior parte degli altri Stati (Brasile, Ecuador, Perù,

¹⁵⁸ G.E. Martínez-Solanas, *Plebiscitos en América Latina: Una breve reseña*, 16 settembre 2005, consultabile online all'indirizzo democraciaparticipativa.net.

¹⁵⁹ C. Victory, *Gobiernos municipales y desarrollo local en Iberoamérica*, Fundació CIDOB, Afers Internacionales, n.47, 1999, p. 18.

Venezuela), sono previsti concorsi per titoli ed esami per valutare la professionalità dei giudici. In Bolivia e in Ecuador, inoltre, è stata riconosciuta la giurisdizione indigena e, quindi, anche la figura dei magistrati indigeni, parallelamente a quella dei magistrati ordinari¹⁶⁰.

Importanti innovazioni, poi, sono avvenute nell'assetto della giustizia costituzionale e nell'estensione della tutela dei diritti costituzionali. Nello specifico, sono state previste le protezioni di *Habeas Corpus* (a difesa della libertà e della sicurezza personale), di *Habeas Data* (a difesa della riservatezza dei propri dati personali) e l'*acción de cumplimiento* (contro un funzionario pubblico che, non applicando una legge, pregiudica l'interesse soggettivo di un cittadino). È stata introdotta la figura del *Defensor de los derechos del pueblo* (o *defensoría pública*), come mediatore tra i cittadini e l'amministrazione, per la promozione dell'azione giudiziaria in difesa della legalità, degli interessi pubblici e dei diritti umani, e la figura della *Contraloría* per il controllo fiscale. Infine, un grande sviluppo alla protezione e alla promozione dei diritti umani, individuali e collettivi, dei cittadini è data, oggi, dal diritto dei cosiddetti *amparo*, che garantiscono un controllo costituzionale concreto e una protezione degli interessi soggettivi¹⁶¹.

Il consolidamento degli istituti democratici, però, è risultato e risulta tuttora molto difficile. Spesso, lunghi periodi di dittatura hanno indebolito e svuotato l'assetto politico-istituzionale, rendendo particolarmente fragile il nuovo sistema democratico, dato il permanere di alcuni aspetti del periodo pre-democratico. È il caso, per esempio, del Paraguay, che ha vissuto uno dei regimi autoritari più lunghi della storia latino-americana, la dittatura di Stroessner. Altre volte, per facilitare la fuoriuscita dal periodo dittatoriale, si è affermato un *leader* particolarmente carismatico, ma che, di fatto, ha costruito un esecutivo fortemente

¹⁶⁰ G. Donati, op.cit., pp. 191-193.

¹⁶¹ F. Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en América latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*, in E. Ferrer McGregor (a cura di), *Derecho procesal constitucional*, Editorial Porrúa, Mexico 2002, pp. 3-55. Per un approfondimento sull'evoluzione della figura del *defensor del pueblo*, si rinvia a: P. Catalano (a cura di), *Da Roma a Roma. Dal tribuno della plebe al difensore del popolo. Dallo "jus gentium" al tribunale penale internazionale*, Quaderni IILA, Serie Diritto 1, Roma 2002.

personalistico. È il caso di Fujimori con il suo auto-golpe in Perù o di Chavez con la "dittatura democratica" in Venezuela. Il parlamento, inoltre, risulta ancora piuttosto debole, a causa dello scarso radicamento nella società dei partiti politici, troppo divisi ed eterogenei nel raggiungimento dei propri interessi, e della conseguente difficoltà nel creare maggioranze legislative e alleanze. Per tali motivi, la legittimazione dei partiti politici alle elezioni è scarsa. Tutto questo porta, tuttora, al "centralismo presidenziale" e a delegare all'esecutivo gran parte del potere legislativo. In tal senso si spiega, ad esempio, la forte tendenza al "decretismo" governativo in Perù, Argentina e Brasile¹⁶².

2. Il *Nuevo Constitucionalismo* latino-americano

2.1 Il paradigma pluriculturale e la consuetudine indigena

Il costituzionalismo latino-americano nasce durante il XIX secolo, con forti e radicate fondamenta provenienti dal costituzionalismo europeo, liberale e rivoluzionario, al quale le carte costituzionali ispano-americane si ispiravano. Nelle Costituzioni latino-americane del XIX secolo, infatti, erano compresi e tutelati i diritti fondamentali, essenzialmente come diritti individuali. Inoltre, era garantita la supremazia del Parlamento e della legge e assicurata l'inviolabilità della proprietà privata, connessa a un'idea di cittadino-proprietario, nerbo del nuovo Stato indipendente latino-americano. In generale, il costituzionalismo latino-americano ricalcava quello europeo, senza introdurre, così, elementi peculiari alle proprie caratteristiche, in quanto visti come un cedimento alla vecchia prassi coloniale e, quindi, contrari ai principi della nazione liberale. Era assente, perciò, in queste Costituzioni, un riferimento alla componente indigena della popolazione.

Negli anni '90 del XX secolo, tuttavia, la transizione alla democrazia si è accompagnata a una nuova stagione costituzionale, con l'obiettivo di prendere le

¹⁶² G. De Vergottini, op.cit., pp. 203 e ss.

distanze dall'esperienza autoritaria precedente, fissando, così, i diritti e le libertà fondamentali delle nuove democrazie latino-americane e scongiurandone la loro violazione in futuro¹⁶³. Tra gli anni '90 e gli anni 2000, infatti, l'America latina è diventata un vero e proprio "laboratorio costituzionale"¹⁶⁴. I giovani Stati democratici hanno tentato di riformare le vecchie carte costituzionali o, in alcuni casi, di adottarne di nuove, prestando un'attenzione diversa alla particolare situazione latino-americana e al suo complesso composto di popoli e culture, in modo da evitare gli errori che avevano portato a un secolo di autoritarismo. Le Costituzioni liberali, infatti, recavano una struttura ispirata al positivismo giuridico, in cui l'unico diritto esistente doveva provenire dal legislatore per codificarsi in norme scritte, mentre usi e consuetudini delle popolazioni, che, da sempre, hanno caratterizzato il particolare tipo di società latino-americana, ne rimanevano del tutto esclusi. Questo, però, tendeva a creare una situazione piuttosto confusa, dove la tangibile discrepanza tra la realtà storica latino-americana e il modello costituzionale e normativo imposto affliggeva proprio la tanto acclamata effettività delle norme. Per questo motivo, era reclamato un forte intervento autoritativo da parte del potere esecutivo, che legittimava, di fatto, la serie di regimi autoritari che si sono spesso instaurati in America latina¹⁶⁵.

Il nuovo costituzionalismo latino-americano, in risposta alla passata tendenza autoritativa, rompe con la tradizione positivista e rovescia le tesi liberali della sovranità. Il nuovo Stato democratico latino-americano si propone, pertanto, come obiettivo la promozione della vita sociale proprio nelle caratteristiche e nelle peculiarità dei popoli a cui, necessariamente, deve fare riferimento. In tal modo, si riduce lo iato che separava il dato formale del testo costituzionale dalla realtà fattuale di attuazione della Costituzione¹⁶⁶. Per fare ciò,

¹⁶³ L. Mezzetti, *Transizione costituzionale e consolidamento democratico in America latina agli albori del XXI secolo*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2006/IV.

¹⁶⁴ H. R. Horn, *Generaciones de derechos fundamentales en el Estado constitucional cooperativo*, op.cit., p. 251.

¹⁶⁵ L. Mezzetti, *La dottrina latino-americana in tema di Forma di Stato*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2000/II.

¹⁶⁶ L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali*, op.cit., p. 753.

il cosiddetto *Nuevo Constitucionalismo*, come definito da un illustre studioso¹⁶⁷, "lascia le sponde della *lex per attingere al grande mare dello ius, come se fosse riduttivo ricercare il diritto soltanto fra le righe dei testi normativi*"¹⁶⁸. Garanzie, diritti e libertà fondamentali, dunque, devono precedere la stessa Costituzione e legittimare lo Stato, che si fa promotore dei diritti in essa riconosciuti o, con l'espressione spagnola corrispondente, promotore della *libertade-igual*. Il *nuevo constitucionalismo* latino-americano, dunque, nella centralità del ruolo della Costituzione, riscopre una dimensione culturale del diritto, formando un nuovo paradigma giuridico, cioè una chiave di lettura innovativa e alternativa, che emancipa il diritto latino-americano dagli schemi coloniali di derivazione occidentale¹⁶⁹. Si tratta di una riscoperta dei valori e delle tradizioni locali e peculiari delle singole comunità di cui si compone la società latino-americana. È la cosiddetta "glocalizzazione", processo esattamente inverso e contrario alla "globalizzazione", cioè un passaggio ascendente, che parte dal locale e dal particolare per formare un'univoca legittimazione e una protezione comune dei diritti, secondo la formula *e pluribus unum*, e integra un pluralismo in continuo movimento¹⁷⁰. I principi generali si basano su concetti molto più ampi, che vanno oltre il contesto nazionale, come la pace o il rispetto dell'ambiente, creando un "éthos costituzionale" comune¹⁷¹.

L'emancipazione giuridica vera e propria, inoltre, risiede nella presa di coscienza delle diversità, anche etniche e culturali, presenti nel panorama latino-americano. L'ampliamento del catalogo di diritti fondamentali non riguarda più solo il singolo individuo, ma realtà e dinamiche di gruppo e di collettività: ognuno gode dei diritti sia come singola entità, che come parte di un gruppo nel quale si

¹⁶⁷ M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità. Il nuevo constitucionalismo andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II.

¹⁶⁸ A. Reposo, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo. Appunti di un comparatista*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 8/2004, p. 401.

¹⁶⁹ M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e nuevo constitucionalismo in America Latina*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II.

¹⁷⁰ G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II.

¹⁷¹ J. L. Cea Egaña, *Una visión de la teoría neo constitucional*, in *Anuario Iberoamericano*, op.cit., p. 43.

identifica. Questo porta a un riconoscimento delle singole realtà indigene presenti in ogni Paese, connotando, in tal modo, il *nuevo constitucionalismo* con una forte valenza "indigenista", in quanto il concetto di democrazia partecipativa ben si integra con la presa in considerazione di una dimensione pluri-etnica, pluriculturale e pluri-tradizionale. La Costituzione, dunque, si scinde e si scompone nella stessa popolazione. Questo comporta il fatto che deve essere compito della Costituzione tutelare non solo i diritti dei popoli indigeni, ma anche il "diritto indigeno" vero e proprio, ovvero la consuetudine giuridica dei popoli indigeni, laddove compatibile con i valori costituzionali e i diritti umani.

La consuetudine giuridica nasce, sempre, come un "diritto spontaneo", che concepisce in sé la propria legittimazione e contiene gli strumenti regolatori, basandosi sul consenso all'interno del gruppo e sul riconoscimento dei medesimi parametri e dei medesimi valori da parte della comunità¹⁷². Nello stesso modo, per *costumbre* indigeno si intende un diritto consuetudinario a carattere dinamico, complesso e multiplo: "*Para nosotros los indios, el Derecho indigena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual [...] régula [...] aspectos [...] del convivir comunitario*"¹⁷³. La particolarità accolta dalle nuove carte costituzionali risiede nella possibile e necessaria iterazione, cioè nella ripetizione degli istituti del diritto nazionale all'interno del diritto consuetudinario indigeno, un equilibrio che diventa, a sua volta, "fonte delle fonti". Non si tratta, dunque, solo di una blanda protezione che tutela la minoranza indigena, ma di un vero e proprio inserimento del *costumbre* indigeno nelle fonti statali, legittimato all'interno della Costituzione. Ciò, al contempo, caratterizza il passaggio da una "cittadinanza integrata" a una "cittadinanza differenziata", basata, cioè, sul riconoscimento della componente indigena all'interno della gestione della *res publica*. Si parla, in proposito, di *etno-desarrollo*, cioè di uno sviluppo della cultura giuridica a partire dallo studio di una società etnicamente frammentata, dove il riconoscimento di un'identità giuridica è strettamente connesso al riconoscimento di un'identità

¹⁷² R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna 2007.

¹⁷³ V. Cabeldo Mallol, *Constitucionalismo y derecho indigena en América Latina*, Colección Amadis, Madrid 2004, p. 48. La citazione è dell'Organo di Diffusione della Confederazione Nazionale degli Indigeni dell'Ecuador (CO.NA.I.E.).

culturale¹⁷⁴.

La diversità culturale diventa il perno di una politica più attenta alle tematiche odierne, che provengono dal nuovo Stato plurale. Nello stesso modo, è prestata un'attenzione diversa alla questione indigena¹⁷⁵. Infatti, la vigenza del diritto consuetudinario indigeno costituisce uno degli elementi indispensabili per la preservazione e la riproduzione delle culture indigene nel continente. Le componenti del diritto consuetudinario indigeno riflettono non solo la situazione storica della popolazione ancestrale, ma anche le sue trasformazioni in campo politico, economico, demografico ed ecologico di fronte agli apparati giuridico-amministrativi dello Stato¹⁷⁶. In tutte le Costituzioni latino-americane, sono garantiti alla componente indigena il diritto all'identità, al territorio, all'autonomia, alla partecipazione e alla consultazione preventiva per le questioni riguardanti materie e territori indigeni, lo sviluppo culturale e la preservazione linguistica, la tutela della bio-diversità e la proprietà collettiva della terra¹⁷⁷.

2.2 Il riconoscimento costituzionale della proprietà comunitaria indigena delle terre ancestrali: tra *commons* e diritti umani

Le nuove Costituzioni latino-americane propongono non solo una protezione dei diritti degli indigeni, ma anche l'applicazione di istituti giuridici di derivazione consuetudinaria indigena. In tal modo, la restituzione delle terre ancestrali alle comunità aborigene e la loro gestione comunitaria, secondo il

¹⁷⁴ S. Lanni, *Sistema giuridico latino-americano e diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), op.cit., p. 70. Per un ulteriore approfondimento dal punto di vista sociologico, si rinvia alla teoria dello spazio sociale autonomo di Sally Falk Moore, secondo il quale, in ogni società, accadono interrelazioni di spazi sociali autonomi, ove si tende a far prevalere il diritto statale come diritto suppletorio alle norme interne ad ogni gruppo.

¹⁷⁵ A. Colajanni, *Derechos de los pueblos indígenas y derechos indígenas en América Latina. Un punto de vista antropológico-jurídico sobre el futuro de los pueblos originarios del continente*, in A.L. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), op.cit., p. 251.

¹⁷⁶ R. Stavenhagen, *Derecho consuetudinario indígena en América Latina*, in R. Stavenhagen e D. Iturralde (a cura di), *Entre la ley y el costumbre- El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano, Messico 1990, p. 28.

¹⁷⁷ J.E.R. Ordóñez Cifuentes (a cura di), *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, XIII Jornadas Lascasianas Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México 2005.

costume indigeno, trova la sua legittimazione già nei diritti tutelati dalla Costituzione¹⁷⁸.

Per capire meglio il nuovo atteggiamento nei confronti della proprietà comunitaria indigena, bisogna pensare che la cultura indigena ha, da sempre, elaborato un binomio simbiotico tra uomo e natura, in cui si identifica la terra come Terra Madre o, usando un termine *quechua*, *Pacha Mama*, non estranea all'uomo, ma interagente con tutta l'umanità. Come tale, essa riceve una propria disciplina esclusiva nel diritto consuetudinario indigeno, che non conosce la proprietà privata. La terra, infatti, come patrimonio spirituale e culturale, è "*un concetto difficile da contemplare in un contratto*"¹⁷⁹. Per tutti i popoli indigeni del pianeta, in realtà, la terra assume un valore profondo, sia relativamente al legame affettivo e spirituale con gli antenati, sia in connessione alle esigenze socio-economiche di garantire la sopravvivenza di una comunità, rappresentando, pertanto, un assioma della "cosmovisione indigena" e dei suoi valori fondamentali¹⁸⁰. Si tratta di una concezione autonoma di carattere socio-giuridico, che parte da un ampio processo culturale, cioè dalla visione indigena della terra, connessa alla vita dei popoli, non come relazione di beni, quanto, piuttosto, di persone¹⁸¹.

Alla terra indigena le moderne Costituzioni latino-americane riconoscono una funzione fondamentale, in stretta connessione con la protezione dei diritti dei popoli indigeni e la loro sopravvivenza. Se la dimensione culturale è accolta nel pluralismo del nuovo Stato etno-centrico, il rapporto popolo ancestrale – terra originaria assume una valenza quasi-proprietaria, legittimando l'individuazione delle terre indigene tramite la semplice occupazione effettiva di esse, senza

¹⁷⁸ A. Tomaselli, *Tutela dei popoli indigeni in America latina: equilibri tra costruzioni costituzionali e standard internazionali*, in G. Poggeschi (a cura di), op.cit., pp. 21-70. Per un ulteriore approfondimento sul rapporto tra diritti degli indigeni e transizione democratica, si rinvia alla lettura di: D. Lee Van Cott (a cura di), *Indigenous peoples and democracy in Latin America*, St. Martin Press, New York 1994. Il capitolo successivo fornisce un dettaglio di come è avvenuto il riconoscimento e la protezione dei diritti dei popoli indigeni nelle nuove Costituzioni latino-americane.

¹⁷⁹ F. Roiatti, *Il nuovo colonialismo. Caccia alle terre coltivabili*, Università Bocconi Edizioni, Milano 2010, p. 156.

¹⁸⁰ S. Lanni, *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, op.cit., p. 48.

¹⁸¹ A. Colajanni, *Derechos de los pueblos indígenas y derechos indígenas en América Latina*, op.cit., p. 252.

bisogno di alcun titolo cartaceo.

A sostegno del nuovo atteggiamento giuridico latino-americano nei confronti della terra indigena è intervenuta anche la Corte Interamericana dei diritti umani con una sentenza *leading case* del 31.08.2001 (*Comunidad Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua*). In essa, è ribadito che la stretta relazione tra gli indigeni e la Madre Terra non è una scelta, ma un equilibrio già insito nelle culture indigene, perché basato su un rapporto di reciprocità tra la componente umana e la componente naturale, che ne garantisce la sopravvivenza sia economica sia culturale e che, pertanto, deve essere preservato attraverso il riconoscimento della proprietà indigena originaria.

Di conseguenza, le nuove dottrine costituzionali latino-americane hanno sostituito il concetto di *welfare State* con quello dell'*Estado del bien vivir*, tipico delle culture native, ponendo l'accento, quindi, sulla responsabilizzazione collettiva e sulla vita in armonia con l'ecosistema¹⁸². Il concetto del *bien vivir* implica la realizzazione del benessere, anche economico, all'interno della natura, in quanto la componente umana, nella visione indigena, è vista come parte integrante della natura stessa. Nella partecipazione collettiva, infatti, ogni singolo individuo è responsabilizzato, secondo le pratiche comuni della consuetudine giuridica indigena o, meglio, secondo la regola indigena del *Sumak Kawsay* o *Suma Qamaña*¹⁸³. Il "comunitarismo", tipico della cultura indigena, si contrapporrebbe, a questo punto, al paradigma dell'*independent self*, di matrice anglosassone e liberista, inserendo la "comunità" come livello intermedio tra l'individuo e lo Stato¹⁸⁴. Applicando, quindi, la norma consuetudinaria indigena alla gestione economica della terra e delle risorse, si supererebbe la logica capitalistica e i tradizionali schemi della proprietà, come realizzazione dell'obiettivo del *nuevo constitucionalismo* latino-americano di *decolonizzare*,

¹⁸² G. De Marzo, *Buen vivir. Per una democrazia della terra*, Ediesse, Roma 2011.

¹⁸³ S. Lanni, op.cit., p. 81. Per un ulteriore approfondimento del concetto di *Sumak Kawsay* indigeno, si rinvia alla lettura di: F. Trupia, *Amerindia: la frontiera globale dei beni comuni*, in www.blogglobal.net; F. Salvini, *Sumak Kawsay, ovvero la politica di vivere felici*, in eicp.net.

¹⁸⁴ A. Colajanni, *Derechos de los pueblos indígenas y derechos indígenas en América latina*, op.cit., p. 249. Sulla contrapposizione tra "comunitarismo" e "independent self", si rinvia a: D. Johnston, *Native rights as collective rights: a question of group self-preservation*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol.2, n.1, 1989, pp. 19-34.

democratizzare e *de-mercantilizzare*¹⁸⁵. Le risorse naturali devono essere considerate "beni comuni" e, quindi, utilizzate in modo equo e sostenibile, in riferimento alla loro scarsità e alla loro importanza capillare per tutta la comunità. Si tratta del cosiddetto *costituzionalismo ecologico*, dove una soluzione alla gestione ecosostenibile delle risorse proviene dalla comprensione di diverse culture giuridiche¹⁸⁶. La cultura indigena, infatti, ha sempre affermato il diritto di gestire come *communio* le proprie terre originarie, di cui è rivendicata la titolarità storica, utilizzando le risorse naturali, in esse comprese, senza sfruttamento eccessivo. Del resto, i beni comuni, per definizione, presuppongono sempre una gestione comunitaria del potere e delle sue risorse e nel bene terra si esprime al meglio la natura del bene comune, in quanto al centro di un sistema di relazioni sociali¹⁸⁷.

Su questa base di lettura, i popoli indigeni sono ora legittimati a rivendicare il proprio legame con la terra originaria non solo come legame culturale di appartenenza, ma anche come legame giuridico di possesso/proprietà. La richiesta indigena di restituzione delle terre ancestrali segue, perciò, una linea innovativa, in concordanza proprio con questa "costituzionalizzazione" del bene comune avvenuta nell'odierna esperienza latino-americana¹⁸⁸. Le terre indigene, infatti, sono il prototipo del *common* e l'introduzione della consuetudine giuridica indigena tra le fonti del diritto statale mette in rilievo i concetti tipici della cultura indigena della cooperazione, della reciprocità, della redistribuzione e della complementarietà nella gestione delle risorse e dell'economia. Si tratta di

¹⁸⁵ N.D. Marcionni, *Una mappa stellare per l'America latina: 3 D per orientare il consolidamento di processi imprescindibili*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, II/2012.

¹⁸⁶ E.R. Zaffaroni, *Pacha Mama, Sumak Kawsay y Constitucionales*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, II/2012.

¹⁸⁷ V. Shiva, *Il bene comune terra*, Feltrinelli, Milano 2012, p. 29; L. Paoloni, *Land Grabbing e beni comuni*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre Corte, Napoli 2012, p. 146. Per una corretta definizione ed un approfondimento sui beni comuni, si rinvia ad appropriata letteratura in merito e, in particolare, ai testi: E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Marsilio editore, Venezia 2006; A. Lucarelli, *Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2007; P. Linebaugh, *The Magna Charta Manifesto: Liberties and Commons for all*, University of California Press, Berkeley 2007; N. Chomsky, *Il bene comune*, Editore Piemme, Milano 2010; U. Mattei, *Beni comuni, Un manifesto*, Laterza, Roma 2011; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma 2012.

¹⁸⁸ A. Ciervo, *Ya Basta! Il concetto di comune nelle costituzioni latinoamericane*, in M.R. Marella (a cura di), op.cit.

un'integrazione differenziata e bi-univoca, la cui chiave sta nel saper coniugare la partecipazione e l'autonomia delle singole componenti, cercando, invece, di evitare il manicheismo giuridico tra consuetudine indigena e diritto statale. La riscoperta della cultura indigena potrebbe integrare un nuovo modello di gestione economica, ma anche politica e giuridica, delle risorse naturali e delle terre, magari anche esportabile altrove, in favore del riconoscimento di un *tertium genus* di beni. Si tratta di immaginare un post-capitalismo a partire non dal capitalismo, ma da una situazione pre-capitalista, quella ricavabile dalle consuetudini immemori dei popoli indigeni, con un atteggiamento di responsabilizzazione nel rapporto con la natura. Questo potrebbe essere un atteggiamento utile anche per affrontare il problema del *climate change*¹⁸⁹.

In quest'ottica si spiegano sia le effettive occupazioni indigene delle terre ancestrali, come avvenuto in Paraguay e in Argentina, sia i *levantamientos* delle popolazioni indigene, che hanno reclamato la gestione comune di beni e risorse, considerate di fondamentale rilevanza per lo sviluppo e la sopravvivenza della comunità. Un esempio è costituito dall'esperienza della città brasiliana di Porto Alegre, che ha sperimentato una forma di amministrazione partecipata da parte dei cittadini, permettendo sia la gestione comune sia l'accesso alle risorse. Un altro esempio è la rivolta indigena della Cochabamba, località della Bolivia che, tra il 2000 e il 2003, ha reclamato la gestione e la distribuzione di acqua, gas e altre risorse energetiche, prima appannaggio esclusivo di alcune multinazionali estere¹⁹⁰.

¹⁸⁹ A. Escobar, *Feel-thinking with the Earth*, Ediciones Unuala, Medellin, Colombia 2014.

¹⁹⁰ I *levantamientos* indigeni più famosi sono: quello dell'Inti Raymi nel 1990, promosso dal CO.NA.IE in Ecuador, seguito dalle successive mobilitazioni indigene (1994, 1999, 2000, 2001); le rivolte indigene messicane del 1994 e di Quito nel 1999; i movimenti dei *sin tierras* brasiliani nel 2014 (si rinvia alla consultazione del sito puebloindio.tripod.com/levantamientos/html). Per l'esperienza della città brasiliana di Porto Alegre, si rinvia alla consultazione di: V.M. Lauriola, *Tierras indígenas, propiedad común, pluralismo jurídico e sustentabilidade. Considerações de Raposa entre oportunidades e riscos de etnocentrismo*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, III/2011. Sulla rivolta della Cochabamba in Bolivia, invece, si rinvia alla lettura di: O. Olivera e T. Lewis, *Cochabamba! Water war in Bolivia*, South End Press, Cambridge 2004. Per un approfondimento sui movimenti indigeni in America Latina, si rinvia a: A.B. Cal y Mayor, W. Villa Rivera, P. Ortiz, A. Chirif, P. García, X. Alló, *Movimientos indígenas en América Latina. Resistencia y nuevos modelos de integración*, IWGIA, Copenaghen 2011.

Un passaggio ulteriore, poi, è ricavabile dalle più recenti riforme costituzionali in Bolivia nel 2009 e in Ecuador nel 2007, le cosiddette "Costituzioni indigene", perché i diritti dei popoli indigeni assumono la definizione di "diritti fundamentalissimi". In queste Costituzioni, i "diritti consuetudinari indigeni" diventano il cardine per una nuova politica e un'economia, fondate sul pluralismo e su una forma di organizzazione comunitaria e cooperativa. Entrambe le riforme costituzionali, infatti, richiamano i concetti appartenenti alla cultura indigena di non-sfruttamento della terra, di riciclaggio e riutilizzo delle risorse, di gestione comune per un'economia equa e solidale. La Costituzione ecuadoriana, ad esempio, parla, in proposito, di *vida en plenitud*¹⁹¹.

Inoltre, per articolare la giurisdizione indigena con il sistema giudiziale nazionale, quasi tutti gli Stati latino-americani, che hanno riconosciuto le norme consuetudinarie indigene, hanno provveduto ad armonizzare autonomamente le due giurisdizioni, tramite leggi di coordinazione finalizzate a individuare le intersezioni tra i diritti. Così, per esempio, è accaduto in Messico, ma anche nelle recenti Costituzioni boliviana ed ecuadoriana. Questo ha portato anche a una rilettura del concetto di territorialità e di decentramento in tutti i Paesi dell'America latina: un esempio è costituito dalla ridefinizione delle *comarcas* nella Repubblica di Panama o dal ruolo del municipio in Brasile.

Il problema rimane, tuttora, l'attivazione concreta delle disposizioni sulle restituzioni territoriali rivendicate dagli indigeni, così come le norme costituzionali e la legislazione, che ne è derivata, prevedono. Non sempre le autorità pubbliche si sono prodigate perché avvenissero tali restituzioni: il rapporto costi/benefici, infatti, non appare così conveniente, sia dal punto di vista economico sia da quello giuridico, e il rischio è che tali affermazioni di diritti rimangano solo dichiarazioni di principio¹⁹². Restituire le terre ancestrali ai gruppi indigeni, che storicamente ne hanno rivendicato la proprietà, dovrebbe essere sintomatico del paradigma della *libertade-igual* propugnato dal nuovo costituzionalismo latino-americano. Non si tratterebbe, infatti, solo di riconoscere

¹⁹¹ L. Gutiérrez, *Constitución del Estado plurinacional de la Republica del Ecuador*, CO.NA.IE, 2007.

¹⁹² Così, i casi di Paraguay e Argentina, affrontati separatamente nel capitolo successivo.

la componente etnica e le radici indigene degli ordinamenti nazionali, ma anche di riequilibrare un sistema troppo spesso volto alla disegualianza sociale. Inoltre, la restituzione delle terre indigene comporterebbe una nuova riforma agraria, da sempre punto fondamentale delle politiche governative latino-americane e, spesso, anche presupposto per posizioni rivoluzionarie. In tal senso, per esempio, sono da leggere gli obiettivi propugnati dalla *Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (CEPAL) sulla reintegrazione di tutte le componenti sociali della popolazione nel contesto economico e produttivo dello Stato.

Al momento, perché sia garantita alle comunità indigene una protezione effettiva del diritto alla gestione comunitaria delle proprie terre "ancestrali", attuando la tutela costituzionale, i mezzi privilegiati sono quelli del ricorso alla Corte Interamericana dei diritti dell'uomo e della giurisdizione costituzionale degli *amparo*.

3 Le garanzie costituzionali: diritto degli *amparo*

3.1 Origine dell'istituto di *amparo*

Tutte le recenti Costituzioni latino-americane sono nate con il preciso obiettivo di superare i conflitti politici interni e di creare una situazione di stabilità giuridica, compatibilmente con l'evoluzione sociale ed economica. A tal fine, in tutta l'America latina, pur con modalità diversificate, la supremazia della Costituzione è stata affermata e ribadita non solo con la previsione del controllo di costituzionalità, ma anche con l'introduzione o con il potenziamento di nuovi strumenti giurisdizionali tramite il meccanismo degli *amparo* (*mandado de segurança* in Brasile, *tutela* in Colombia, *protección* in Cile)¹⁹³.

L'istituto dell'*amparo*, dal termine spagnolo *amparar*, cioè "difendere", o, più correttamente, dall'omonimo latino *ante parare*, ha un'origine molto antica.

¹⁹³ E. Roza Acuña, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America latina*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 99-100.

Probabilmente, esso fonda le sue radici nel rimedio di *amparo colonial* del XVI secolo o in forme di tutela giudiziale presenti nello *ius commune* medievale. Nelle *Siete Partidas* di Alfonso X, appare già una "protezione", quasi sicuramente criptotipo della tutela di *amparo* latino-americana, che ebbe immediato successo nel diritto *casuistico* coloniale, volta a garantire coloro che si trovavano in una situazione di pericolo o di lesione di un diritto durante un processo. Questi potevano pretendere la tutela del giudice o rivolgersi direttamente al re con un appello.

Tale istituzione, col tempo, è diventata ed è tuttora la caratteristica tipica del diritto pubblico ispano-americano. Compare, infatti, per la prima volta, in una forma simile all'*amparo* odierno, nella Costituzione dello Stato di Apatzingan del 1814 e dello Yucatán del 1840 (art. 62) e confluisce, poi, nelle Costituzioni messicane del 1857 e del 1917. L'*amparo* messicano, tuttavia, contemplava una vasta gamma di azioni a tutela dei diritti e delle garanzie costituzionali, che confluivano in un unico ricorso "d'urgenza" affidato alla Corte Suprema, con il preciso scopo di proteggere la supremazia della Costituzione da qualsiasi esercizio illegittimo del potere da parte dei pubblici funzionari¹⁹⁴. L'accento era posto sul conflitto tra governati e governanti e sul tentativo di tutelare la posizione più debole dei primi nei confronti dei secondi. L'esperienza messicana rappresenta una commistione del tutto innovativa tra ricorso individuale a protezione dei diritti fondamentali e uno speciale controllo di costituzionalità, diffuso e indiretto. Il giudice di *amparo*, infatti, nel proteggere il cittadino dalla violazione o dalla minaccia di violazione proveniente da una norma, da un atto o da un fatto, anche omissivo, di poteri pubblici, era chiamato ad applicare correttamente i valori costituzionali e, di conseguenza, a disapplicare la norma o l'atto che ne erano

¹⁹⁴ A. Lira González, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, FCE, Mexico 1972; F. Fernández Segado, *Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del voto particular de Don Mariano Otero*, in *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 5/2006, pp. 67-108; E. Ferrer-McGregor, *El amparo iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado)*, in E. Ferrer-McGregor, H. Fix-Zamudio (a cura di), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-UNAM, Mexico 2006, pp. 3-39.

contrari, solo per quel caso concreto e *inter partes*¹⁹⁵.

3.2 Funzione del ricorso di *amparo*

Oggi, l'*amparo* è considerato uno strumento di diritto pubblico "speciale" per la tutela dei diritti e si è diffuso, con nomi e modalità diverse, in tutta l'America latina, dopo la transizione democratica. Sulla scorta dell'esperienza messicana, l'*amparo* è inteso come un rimedio processuale straordinario, specificamente previsto per la protezione dei diritti costituzionali da lesioni e/o minacce causate sia da privati sia da pubbliche autorità, con l'obiettivo di superare quel *deficit* di interpretazione, ponderazione e procedimento nella protezione dei diritti fondamentali¹⁹⁶. Perché ciò possa avvenire, è, dunque, previsto un meccanismo che unisce diritto individuale, diritto processuale e garanzie costituzionali, senza alcuna differenza tra diritti soggettivi e interessi legittimi, contrariamente alla tradizione di diritto continentale. Un unico strumento, pertanto, comprende una vasta gamma di azioni a tutela dei diritti e delle garanzie costituzionali, che, invece, in altri Paesi, avrebbe dato vita a diversi meccanismi processuali, affidati a organi giurisdizionali distinti. L'*amparo* latino-americano odierno consiste, perciò, in un procedimento "*sommario, flessibile, concentrato e prevalentemente orale*" contro atti e/o omissioni di privati cittadini e pubbliche autorità, in cui è individuata anche una sola potenziale lesione dei diritti e delle libertà garantite dalla Costituzione¹⁹⁷. In questo modo, si introduce "*un controllo costituzionale concreto che protegge diritti soggettivi e interessi legittimi per ristabilire l'impero del diritto leso*"¹⁹⁸.

La Convenzione interamericana del 1969 riconosce il ricorso di *amparo* come strumento per difendere la supremazia della Costituzione ("*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rapido o a cualquier otro recurso efectivo*

¹⁹⁵ E. Rozo Acuña, op.cit., p. 103.

¹⁹⁶ G. Donati, op.cit., pp. 249 e ss., pp. 167 e ss.

¹⁹⁷ Idem, p. 167.

¹⁹⁸ Idem, p. 251.

ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones fundamentales"), ponendo, quindi, un obbligo internazionale, per gli Stati firmatari, di assicurare l'effettiva applicazione di quest'istituto all'interno dei propri ordinamenti nazionali ("*Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso oficial; y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*")¹⁹⁹. L'*amparo* costituisce, così, un metodo specifico di *judicial review* che completa il sistema di controllo di legittimità costituzionale di atti, leggi e condotte di pubblici poteri. Persino il "ricorso interamericano", cioè l'azione processuale azionabile davanti alla Corte interamericana, quando le violazioni non possono essere sanate con rimedi previsti dal diritto interno, è denominato *amparo interamericano* o *internacional*²⁰⁰.

Il procedimento dell'*amparo* latino-americano ribadisce la natura sovraordinata della Costituzione nel nuovo costituzionalismo latino-americano. Infatti, la supremazia delle norme costituzionali è "materiale" e subordina tutte le norme giuridiche, per cui ogni contraddizione normativa o di comportamento con i valori costituzionali si considera come una violazione della Costituzione stessa²⁰¹. Il ricorso di *amparo* delle moderne Costituzioni latino-americane costituisce sia una garanzia giurisdizionale della costituzionalità delle leggi e della legittimità normativa, sia uno strumento di difesa efficace nelle mani del cittadino contro gli abusi del legislatore e della pubblica amministrazione. Esso, agendo, simultaneamente, come un controllo di legalità e di costituzionalità, affianca i

¹⁹⁹ *Convención Interamericana de los derechos humanos*, art. 25.

²⁰⁰ L. Frosina, *L'acción de amparo nell'esperienza costituzionale argentina*, in *Federalismo.it*, 19.12.2014, pp. 8-9.

²⁰¹ E. Rozo Acuña, *op.cit.*, p. 157.

controlli di costituzionalità di ogni Paese²⁰².

3.3 Procedimento del ricorso di *amparo*. Caratteristiche comuni e differenze tra i Paesi latino-americani.

Il procedimento del ricorso di *amparo* garantisce una celerità giudiziale. I cittadini titolari del diritto di ricorrere attraverso tale strumento possono accedere ai tribunali in tempi brevi, con un procedimento "sommario" e, generalmente, orale, azionabile personalmente o tramite intermediario (procuratore) e senza oneri.

Tuttavia, pur essendosi diffuso questo istituto più o meno uniformemente in tutta l'America latina, esiste una grande diversità di procedimento tra i Paesi. Le differenze risiedono, anzitutto, nel giudice competente a esaminare il *juicio de amparo*. Se il giudice competente è un giudice costituzionale, l'*amparo* è definito *amparo constitucional*. Così accade in Colombia, in Costa Rica, in Ecuador, in Nicaragua e in Perù, dove il giudice coincide con il Tribunale costituzionale. In El Salvador, in Uruguay e in Paraguay, il giudice coincide, invece, con una sezione costituzionale, all'interno della Corte Suprema. Il giudice competente a decidere sulla costituzionalità di leggi e atti pubblici può, però, essere un organo giudiziario ordinario. In quest'altro caso, si tratta di *amparo ordinario*. Così avviene in Argentina, in Brasile, in Messico e a Panama, dove qualunque giudice, federale o statale, è legittimato a intervenire per dichiarare l'incostituzionalità di una norma su cui si basa l'atto o il fatto che viola i diritti costituzionali, anche limitatamente al caso in esame. In Cile, il compito di decidere sui ricorsi di *amparo*, invece, è demandato alle Corti d'Appello, che devono immediatamente intervenire per ristabilire la legalità. In altri casi, come in Bolivia e in Guatemala, la decisione sul ricorso di *amparo* spetta a un giudice ordinario, mentre alla Corte Suprema o al Tribunale Costituzionale spetta solo la revisione finale o l'ultima

²⁰² Idem, pp. 169-170.

istanza del ricorso²⁰³.

Alcuni Stati, accanto al ricorso di *amparo*, a imitazione dell'*injunction* americana e del *writ of mandamus* anglosassone, hanno previsto anche azioni dirette contro il funzionario pubblico che non ha applicato una legge o un atto, pregiudicando i diritti costituzionali del cittadino. Attraverso queste azioni, può essere ripristinata la stabilità legale. Ne sono degli esempi l'*acción de cumplimiento* in Perù e Colombia e il *mandado de injunção* in Brasile²⁰⁴.

Un'altra differenza risiede nella tipologia degli atti/fatti giustiziabili, perché ritenuti lesivi di un valore costituzionale, e nei diritti azionabili con il ricorso. Non sempre, infatti, il ricorso di *amparo* può mettere in discussione le decisioni e le sentenze dei giudici o le leggi. Così, per esempio, avviene a Panama e in Paraguay, dove il ricorso di *amparo* è ammesso solo contro atti di pubblici funzionari, o in Costa Rica, dove la tutela è azionabile unicamente contro atti arbitrari e contro la condotta pubblica di organi e funzionari. *Sui generis* è il caso del Brasile, che ammette tipologie speciali di *amparo* contro atti del Presidente della Repubblica, degli uffici di presidenza di Camera e Senato, del Tribunale dei Conti federale, del Procuratore della Repubblica e del Tribunale Supremo Federale. Il Messico, invece, prevede una disciplina molto complessa, secondo la quale il ricorso di *amparo*, posto a salvaguardia della supremazia della Costituzione, è azionabile sia nei confronti di leggi lesive dei diritti costituzionali (cd. *amparo* contro le leggi, che rappresenta un vero e proprio controllo di costituzionalità), sia come impugnazione di decisioni e provvedimenti di tutti i tribunali (valendo come un ricorso per Cassazione), sia come impugnazione di atti e provvedimenti amministrativi (molto più simile all'*amparo* degli altri Paesi latino-americani). Inoltre, l'azione di *amparo* è ammessa anche per proteggere le libertà e l'integrità personale, in modo non dissimile da un'azione di *habeas corpus*. Altri Paesi, come il Perù, prevedono delle azioni ben distinte tra *amparo* dei diritti costituzionali, *habeas corpus* e *habeas data*, di più recente introduzione per la salvaguardia della segretezza dei dati personali. Di conseguenza, il ricorso

²⁰³ Idem, pp. 170-215.

²⁰⁴ Idem, pp. 285-290.

di *amparo* è azionabile "per sottrazione" solo relativamente a tutti quei diritti che non rientrano nella tutela fornita dalle azioni di *habeas corpus* e *habeas data*.

Minime differenze esistono in relazione ai diritti protetti. Essi, infatti, corrispondono sempre ai diritti costituzionali, ma, in gran parte dei casi, si estendono anche ai diritti e alle libertà tutelate dai trattati, dalle convenzioni internazionali e dal diritto internazionale e interamericano. Nicaragua ed Ecuador, per esempio, contemplano anche i diritti umani e fondamentali, protetti dalle dichiarazioni ONU e dalla Convenzione Interamericana. L'*amparo* cileno, invece, è fortemente limitato ai soli diritti espressamente tutelati dalla Costituzione del 1980, anche se, recentemente, c'è una tendenza ad aprire verso i diritti dell'ambiente e dell'ecologia, inseriti come valori costituzionali.

Legittimati a ricorrere sono sempre i soggetti lesi nell'esercizio dei propri diritti costituzionali dall'atto, dalla condotta, dall'omissione o, in alcuni casi, dalla norma e dalla decisione giudiziaria. Tuttavia, si riscontrano alcune differenze tra i Paesi in merito alla titolarità del diritto a ricorrere. Il criterio utilizzato comunemente è quello della cittadinanza, ma alcuni Paesi, come il Brasile e il Costa Rica, hanno allargato la titolarità del diritto a ricorrere a tutti i residenti.

3.4 L'*amparo* collettivo

In alcuni casi, è stato previsto anche un soggetto ricorrente collettivo. Così, il Brasile ha introdotto un *mandado de segurança* collettivo di cui sono titolari partiti politici, sindacati, organizzazioni e associazioni riconosciute per la difesa dei diritti. Si tratta di un modello di *amparo* che fornisce linee-guida alle quali s'ispirano oggi anche altri Paesi dell'America latina, con particolare riguardo alla tutela dei diritti delle comunità, anche indigene²⁰⁵.

Una tipologia diversa di *amparo* collettivo esiste già da tempo anche in Messico. Nel 1963, infatti, è stato istituito un ricorso di *amparo sociale agrario*, azionabile sia individualmente sia collettivamente per la protezione della

²⁰⁵ Idem, pp. 283-285.

proprietà, del possesso e del godimento delle terre, dei territori, dell'acqua e delle risorse naturali, volto, soprattutto, a soddisfare le esigenze delle comunità *campesine* e indigene. Si tratta di una forma di tutela "speciale", concepita, inizialmente, per offrire alle popolazioni contadine la protezione dei propri diritti di proprietà/possesso e l'attuazione della legge agraria. Di notevole importanza negli anni '60 e '70 per la difesa dell'ordinamento giuridico agrario messicano e la protezione di una larga fascia di popolazione esclusa dai propri diritti, con la creazione dei tribunali agrari e la riforma agraria nel 1992, questa tipologia particolare di *amparo* è ormai quasi del tutto sparita in Messico, essendo stata sostituita, d'altro canto, da un notevole incremento dei ricorsi di *amparo* contro le sentenze dei tribunali, con valenza di giudizio di Cassazione²⁰⁶.

3.5 *Defensor del pueblo*

Parallelamente all'*amparo*, il nuovo costituzionalismo latino-americano ha istituito la figura del *Difensore del Popolo* (*Defensor del pueblo* o *Defensor de los derechos del pueblo* o *Defensoría pública*). Ispirato alla figura dell'*Ombudsman* scandinavo, il *Defensor* trae, in realtà, le sue radici dagli uffici degli *oidores* e *veedores*, che, in epoca coloniale, avevano il compito di "sentire" le lamentele dei sudditi e di "vedere" il comportamento dei funzionari pubblici per indagare su una possibile violazione di diritti e procedere all'accusa e al giudizio dei colpevoli²⁰⁷. A differenza del suo omologo nordico, che è un funzionario parlamentare di garanzia dei diritti dei cittadini, il *Defensor* latino-americano conserva intatti i poteri di investigazione dei modelli coloniali, incentivando la funzione di promozione dei diritti e di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa.

²⁰⁶ Idem, pp. 138-139 e 197.

²⁰⁷ La figura del *Defensor* latino-americano è, in realtà, distante dall'*Ombudsman* scandinavo (ufficio creato, per la prima volta, in Svezia nel 1809) e molto più vicina agli istituti omologhi delle Costituzioni di Spagna (1978) e Portogallo (1975) o al difensore civico italiano. Per un ulteriore sviluppo sulla figura del difensore del popolo e sulle sue radici storiche, si rinvia alla lettura di: P. Catalano (a cura di), *Da Roma a Roma. Dal tribuno della plebe al difensore del popolo. Dallo "jus gentium" al tribunale penale internazionale*, Quaderni IILA, Serie Diritto 1, Roma 2002.

Inoltre, quale ulteriore discriminine rispetto all'*Ombudsman* scandinavo, il difensore latino-americano è, anzitutto, uno strumento per garantire la difesa dei diritti fondamentali. Il *Defensor*, infatti, è un mediatore dei diritti costituzionali tra cittadini e pubblica amministrazione. Il suo compito è quello di tutelare i diritti umani proprio nel corretto funzionamento dei servizi pubblici e di promuovere l'azione giudiziaria in difesa della legalità e degli interessi pubblici tutelati. Pur con molte differenze tra i diversi Paesi, l'ufficio del difensore latino-americano è una carica pubblica che fa capo al potere legislativo e che può essere ricoperta da un organo collegiale (e.g., la Commissione parlamentare dei diritti umani in Guatemala) o da un organo singolo (e.g., il Procuratore parlamentare per la difesa dei diritti umani in Colombia e in El Salvador). La Costituzione garantisce la sua indipendenza, la sua autonomia economica e amministrativa e l'immunità rispetto agli altri poteri pubblici. Al contempo, è assicurata la gratuità e l'accessibilità all'ufficio della *defensoría* da parte dei cittadini e la celerità del procedimento²⁰⁸.

Il *Defensor* è, in ogni caso, titolare del diritto di agire in giudizio in difesa dei diritti fondamentali delle persone e delle comunità, controlla l'adempimento dei doveri della pubblica amministrazione, senza che siano pregiudicati diritti e interessi dei cittadini o, in molti casi, semplicemente degli abitanti e veglia sulla difesa delle garanzie costituzionali di *habeas corpus*, *habeas data* e *amparo*. Spesso, inoltre, il *Defensor* latino-americano ha potere d'iniziativa legislativa per garantire la supremazia costituzionale dei diritti fondamentali (e.g., Colombia, Perù, Ecuador). Negli Stati federali, la figura del difensore è solitamente organizzata sia a livello federale sia a livello statale. Per esempio, in Argentina, ogni Provincia – Stato federato ha istituito il proprio difensore civico già negli anni '80, mentre la riforma costituzione del 1994 ha creato lo stesso ufficio a livello federale. In tutti i casi, comunque, esistono uffici di *defensoría* popolare a livello comunale, provinciale e nazionale (e.g. Colombia). Diversi Paesi, inoltre, hanno incentivato il compito del *Defensor* nella promozione e nella divulgazione dei diritti fondamentali e nella loro difesa, intervenendo proprio in favore dei popoli indigeni per una migliore diffusione della cultura dei diritti umani. Questo

²⁰⁸ G. Donati, op.cit., pp. 196 e ss.

compito, per esempio, è invocato espressamente nelle Costituzioni colombiana del 1991 e venezuelana del 1999²⁰⁹.

3.6 Differenze tra l'*amparo* latino-americano e quello europeo

Oggi, anche diversi Paesi europei (e.g., Germania, Austria, Spagna e Portogallo) vantano meccanismi di difesa giudiziaria che s'ispirano, più o meno direttamente, allo strumento dell'*amparo*. Tuttavia, il discrimine tra l'istituto ispano-americano e quello delle Costituzioni europee risiede nel valore dello stesso *amparo* latino-americano, fondato unicamente sul carattere sovraordinato delle norme costituzionali. I diritti protetti dall'*amparo* latino-americano, infatti, non sono solo i diritti e le libertà garantite dalla Costituzione, ma anche quelli delle Carte, delle Convenzioni e dei trattati internazionali ratificati dagli Stati, che entrano direttamente nell'apparato delle fonti statali in posizione di supremazia. Al contrario, la disciplina europea in materia di *amparo*, laddove è concepita, si limita solo ed esclusivamente ai diritti tutelati dalla Costituzione e, in alcuni casi (e.g., in Germania e in Spagna), il limite si restringe ulteriormente ai soli diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione. Inoltre, l'oggetto del ricorso, che nell'*amparo* latino-americano è molto ampio, comprendendo norme, atti, condotte anche omissive, sentenze, di provenienza da parte di privati e di pubblici poteri, in Europa è fortemente ridimensionato. Non è mai ammessa la tutela contro atti di privati e, in molti casi (e.g., Spagna e Portogallo), non è prevista una garanzia contro le norme ipoteticamente lesive di diritti costituzionali, ma solo contro atti e condotte della pubblica amministrazione. Infine, mentre nell'America latina il ricorso per *amparo* costituisce un diritto pubblico soggettivo e una garanzia giurisdizionale immediata per l'applicazione della tutela costituzionale, incardinata in un giudizio/processo a sé stante e costruito anche su più gradi, nei Paesi europei si tratta solitamente di un ricorso con carattere sussidiario, cioè esperibile solo quando tutti gli altri rimedi giurisdizionali siano esauriti, in unica

²⁰⁹ E. Rozo Acuña, op.cit., p. 225 e pp. 317-326.

istanza davanti al Tribunale costituzionale²¹⁰.

Dato il valore sovraordinato delle norme costituzionali e dei diritti da esse tutelati, i giudici latino-americani sono, per tradizione, "giudici dei diritti", differentemente dai giudici europei, che sono "giudici della legge"²¹¹. La funzione giudiziaria, in America latina, assicura prevalentemente la tutela dei diritti fondamentali e la supremazia delle norme costituzionali. Diversamente, in Europa, dove la Costituzione è nata come elemento di integrazione politica e la legge è espressione della sovranità popolare, la funzione giudiziaria ha il compito di garantire soprattutto il rispetto della supremazia legislativa²¹².

²¹⁰ Idem, pp. 151-156.

²¹¹ Idem, p. 154.

²¹² Ibidem.

Capitolo III

La tutela della terra comune indigena negli ordinamenti giuridici degli Stati latino-americani

1. Il caso del Paraguay

1.1 Dalla decolonizzazione alla democrazia: cenni storici

L'evoluzione storico-politica del Paraguay, all'indomani dell'indipendenza dalla Spagna, consta di quattro fasi ben distinte: la fase della decolonizzazione, la fase della liberalizzazione, la fase dittatoriale e, infine, la fase della democratizzazione, tuttora in corso.

Il Paraguay cominciò la sua lotta per l'indipendenza nel 1810, durante le guerre napoleoniche, con la deposizione del vicerè del Rio de la Plata, di cui il Paraguay era provincia, e la contestuale deposizione del governatore Velasco. La fase della decolonizzazione paraguaiana, diversamente da quella degli altri Stati latino-americani, non si caratterizza per l'adozione di una Costituzione liberale, garante dei diritti e delle libertà del popolo paraguaiano, ma per una peculiare variabile autocratica, impronta distintiva del Paese fino a tempi recenti. Nel 1811, infatti, fu eletto dal popolo un Congresso di mille deputati e, respinta l'annessione alle Province Unite del Rio de la Plata, l'embrionale Argentina indipendente, fu elaborata la prima Costituzione paraguaiana: un testo molto breve, composto da 17 articoli, che inseriva le magistrature dell'antica Roma all'interno del tessuto post-coloniale paraguaiano. Il potere esecutivo fu gestito, inizialmente, da due consoli. De Francia, uno dei due consoli, però, si fece eleggere presto dittatore a vita, dando un'impostazione autoritaria alla politica paraguaiana. Approfittando

dell'aspetto morfologico del territorio paraguaiano, interno e con vie di comunicazione impervie, De Francia cercò di creare una nuova identità comune per la popolazione paraguaiana e di eliminare l'opposizione della classe elitaria di origine spagnola. Per realizzare il suo obiettivo, fece approvare leggi che favorivano le unioni miste e limitò l'immigrazione europea e ispano-americana e l'emigrazione dal Paese. Inoltre, con il controllo dei traffici commerciali in ingresso e in uscita, scoraggiò gli investimenti economici da parte degli europei.

Alla morte di De Francia, gli successe il nipote Carlos López, prima console insieme a Roque Alonso e successivamente presidente della Repubblica. López proseguì la politica autoritaria di De Francia e, nel 1844, promulgò una nuova Costituzione, riformata, poi, nel 1856. Egli, inoltre, sancì in modo definitivo l'indipendenza dello Stato sia dalla madrepatria sia dagli altri Paesi latino-americani. Nel nuovo testo costituzionale, fu introdotto il principio della separazione dei poteri. Si trattava, in realtà, solo di un richiamo formale alla tradizione costituzionalista liberale, visto che erano rafforzate le prerogative presidenziali: il potere esecutivo predominava sugli altri poteri, mentre il numero dei deputati era drasticamente ridotto da mille a cento. I privilegi e le cariche ecclesiastiche furono poste sotto la diretta vigilanza del potere esecutivo. Il sistema giudiziario, invece, fu totalmente revisionato e rinnovato secondo i canoni liberali: sparirono, per esempio, i fori ecclesiastici. Al contempo, furono incentivate le politiche di "mescolanza" socio-culturale tra la popolazione di origine europea e quella indigena e fu estesa a tutti la cittadinanza, nell'intento di creare una forte identità nazionale, il cosiddetto "orgoglio paraguaiano".

La morte di Carlos López, avvenuta nel 1865, e la successione del figlio Francisco Solano López segnarono la chiusura del periodo autoritario. Si aprì, pertanto, la seconda fase della storia politica-istituzionale del Paese, caratterizzata dal prevalere dei principi del liberalismo. Solano López mancò del carisma autoritario dei predecessori e, a causa di dissidi di confine con le altre neo-potenze latino-americane, condusse il Paraguay alla disastrosa guerra contro la *Triple Alleanza* (Argentina, Uruguay e Brasile). L'esito della guerra fu drammatico: oltre alle innumerevoli vittime, circa il 60-70% della popolazione, e alle cessioni di

terreno, il Paraguay, sconfitto, perse quasi completamente la propria autonomia a beneficio delle potenze vincitrici. Il regime autoritario finì e si instaurò un governo liberale e borghese, etero-controllato dalle potenze della *Triple Alianza*. Nel 1870 fu promulgata una nuova Costituzione, che abrogava e sostituiva il vecchio testo di carattere "consolare" e sanciva in modo netto la separazione dei poteri. Nacquero, in questo periodo, il *Partido Colorado* e il *Partido Liberal*, che dominarono, seppur in modo burrascoso, la politica paraguaiana durante i decenni tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.

Intorno agli anni '20 del XX secolo, iniziò a incrinarsi qualcosa nella stabilità politico-istituzionale paraguaiana. La crisi si manifestò nel 1922, quando un colpo di stato del *Partido Colorado* portò a una guerra civile che durò due anni. Negli anni '30, scoppiò contro la Bolivia la Guerra del Chaco (1932-1935), che prese il nome dalla regione di confine tra i due Stati, particolarmente ricca di risorse minerarie e petrolifere. Il Paraguay ne uscì vincitore, ma a prezzo di grosse perdite tra la popolazione e di una crisi politica ed economica dalla quale non riuscì a riprendersi. Si riteneva, in particolare, che le norme liberali fossero poco efficaci di fronte alle difficoltà del Paese, per cui riemerse prepotentemente nella vita politica la tendenza all'autoritarismo.

Il 4 maggio 1954, Alfredo Stroessner, generale e veterano della Guerra del Chaco, prese il potere con un colpo di stato. Eletto Presidente della Repubblica paraguaiana otto volte senza alcuna interruzione, rimase in carica fino al 1988. La fase della dittatura di Stroessner si caratterizzò per una politica fortemente repressiva nei confronti dei diritti umani e delle opposizioni. Nel 1967 fu promulgata una nuova Costituzione, la quarta dall'indipendenza del Paese. Pur mantenendo formalmente un'impronta democratica (l'art.1 definiva il Paraguay una Repubblica unitaria con un governo democratico rappresentativo), la nuova Costituzione conferì enormi poteri alle forze armate e di polizia, il cosiddetto Patronato Militare, e pose la difesa nazionale tra i principi tutelati dalla Costituzione. Al contempo, però, i diritti e le libertà della popolazione furono genericamente indicate e confinate solo all'ultimo capitolo del testo costituzionale. Una riforma costituzionale del 1977 rese possibile la rielezione del Presidente

Stroessner senza limitazioni di tempo. Per risanare le casse statali, la politica macro-economica ebbe un'impronta conservatrice e autarchica: non trovò spazio la libera impresa e, nel frattempo, furono impediti flussi di denaro e di persone da e verso l'esterno, preservando le risorse e l'autonomia del Paese. Questo comportò un ulteriore impoverimento. Inoltre, l'atteggiamento palesemente repressivo nei confronti delle opposizioni incrementò, col tempo, una crescente ostilità da parte della comunità internazionale, che si manifestò in modo evidente nel 1982, a seguito dell'incarcerazione e dell'esilio forzato di Domingo Laino, leader del *Partido Liberal* e maggiore oppositore al regime stroessneriano.

Il 3 febbraio 1989, un colpo di stato interno al *Partido Colorado*, condotto dal generale Rodriguez Pedotti, estromise definitivamente Stroessner dalla politica paraguaiana. Accusato di gravi crimini contro l'umanità, il dittatore riparò in Brasile, dove morì nel 2006, mentre il Paraguay si avviava verso la transizione democratica. Nel 1992 fu promulgata la nuova Costituzione democratica, che sostituì completamente la carta costituzionale del regime stroessneriano e il Paraguay uscì dall'isolamento delle relazioni internazionali²¹³.

1.2 La questione indigena prima della riforma costituzionale del 1992

A dispetto delle modeste dimensioni del Paese, il Paraguay è uno degli Stati latino-americani più compositi etnicamente, dove il rapporto con la componente indigena ha da sempre conosciuto interessanti evoluzioni. Secondo un censimento del 2002, sul suolo paraguaiano, esistono tuttora ben 496 comunità indigene, appartenenti a 18 o 20 gruppi indigeni diversi e a 5 famiglie linguistiche²¹⁴. Benché la percentuale di popolazione riconosciuta come indigena sia molto bassa, solo l'1,7%, un'alta componente conosce e parla correttamente la lingua indigena

²¹³ Per i riferimenti alla storia del Paraguay, si rinvia a: O. Cabello Sarrubi, *Storia del Paraguay*, Vecchiarelli 1999; F. Fiorani, *I Paesi del Rio de la Plata: Argentina, Uruguay e Paraguay in età contemporanea (1865-1990)*, Giunti, Firenze 1992; P. Lambert e A. Nickson (a cura di), *The Paraguay Reader: history, culture and politics*, Duke University Press 2012.

²¹⁴ A. Torres Romero, *Cultura y educación indígena su marco jurídico en Paraguay*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni*, op.cit., p. 301.

guaraní, ignorando, in molti casi, la lingua spagnola. Ci si riferisce, naturalmente, a delle percentuali che variano molto tra il contesto urbano e quello rurale e che, comunque, comprendono un'elevata diffusione del bilinguismo. Circa il 72% della popolazione di lingua spagnola vive in città a fronte di un esiguo 27% abitante nelle aree rurali, mentre la popolazione di lingua *guaraní* è quasi equamente distribuita (il 45% abita contesti prettamente rurali, ma ben oltre il 54% vive nelle città). Nelle zone silvestri sopravvivono ancora antichi idiomi *indios* quasi sconosciuti²¹⁵.

Queste cifre così discordanti sono dovute alla particolare storia di questo Paese, che ha sempre favorito e agevolato una grande mescolanza etnica (*mestiza* o *mezcla*) all'interno della popolazione. L'obiettivo era, infatti, costruire un "orgoglio paraguagio" e, quindi, un'unica realtà nazionale distinta dal resto dell'America latina e con profonde radici nella cultura nativa. Questo proposito si era ben radicato nella storia paraguagiana già a partire dall'epoca della dominazione coloniale spagnola. Il territorio corrispondente all'attuale Paraguay era stato oggetto di una capillare attività di missione da parte dei Gesuiti, che si erano insediati verso la fine del XVI secolo per cristianizzare le popolazioni indigene. Questi avevano creato delle comunità gesuitico-indigene giuridicamente e amministrativamente indipendenti, dove era in vigore un diritto consuetudinario indigeno mitigato da alcuni principi del diritto canonico e del diritto romano. Quando il Paraguay si dichiarò indipendente, i dittatori De Francia e Lopez, ispirandosi alle commistioni delle *misiones* gesuitiche, tentarono di creare una popolazione unitaria "meticcica". Diverse leggi favorirono i matrimoni misti, scoraggiando con severe sanzioni, tra cui quella del mancato riconoscimento della prole legittima, le unioni totalmente bianche o indigene. La cittadinanza, invece, fu equamente estesa a tutta la popolazione, senza distinzioni etniche. La popolazione indigena, in questa distribuzione e mescolanza forzate, perse, oltre

²¹⁵ I dati del *Censo Nacional de Población y Viviendas 2002* sono stati pubblicati su *Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos. Diagnóstico socio-demográfico 2002 (DGEEC)*, consultabile al sito www.dgeec.gov.py. Per ulteriori riferimenti statistici sulle condizioni dei popoli indigeni in Paraguay si rinvia al *Latin America Weekly Review*, 26 luglio 2005, n.7. Non risultano, ad oggi, altri dati riguardo a censimenti più recenti sulla composizione socio-culturale della popolazione paraguagiana.

alle caratteristiche culturali che conservava da secoli, il possesso delle terre ancestrali, ora totalmente patrimonio governativo, e il monopolio di un diritto consuetudinario indigeno, sostituito da un unico diritto nazionale.

Cessato il periodo dittatoriale, la Costituzione liberale del 1870 stabilì, all'art. 72, comma XIII, che uno degli obiettivi dello Stato era di "*conservar el trato pacífico con los Indios y promover la conversión al Cristianismo y a las civilización*". Tale tendenza fu, poi, portata all'esasperazione durante l'occupazione argentina, che instaurò delle riserve indigene, accentuando il ruolo dello Stato come fautore della cristianizzazione. Il processo di "meticciato", avviato durante la fase autoritaria, proseguì senza soste. Si persero, però, le peculiarità culturali e giuridiche indigene, producendo quella strana mescolanza di linguaggio, usi e costumi tuttora esistente. Si parla, di fatto, di "etnocidio culturale"²¹⁶. Il linguaggio *guaraní* si diffuse come lingua comune in tutta la popolazione paraguaiana, incentivata sia dalla costruzione di tradizioni comuni, sia dalla volontà di distinguersi dalle altre nazioni latino-americane. Il *guaraní* fu usato, per esempio, come linguaggio in codice sia durante la guerra contro la *Triple Alianza*, sia durante la guerra del Chaco²¹⁷.

Durante la dittatura di Stroessner, la questione indigena fu di esclusiva competenza dell'esercito. Nel 1958 fu creato il Patronato Militare Indigeno, quale istituzione di riferimento per le relazioni tra lo Stato e le comunità indigene. Nel 1963, nell'ambito della politica socio-assistenziale, fu approvato lo Statuto Agrario, che, nell'intento di redistribuire le terre alla popolazione, incluse, per la prima volta, anche le comunità indigene quali beneficiari della distribuzione terriera. Da questo momento, l'attenzione per gli interessi e le rivendicazioni dei popoli indigeni in Paraguay divenne una priorità politica, anche se in chiave paternalistica. Nel 1978 il *Departamento de Asuntos Indígenas*, di nuova creazione, subentrò al Patronato Militare per la gestione dei rapporti tra Stato e comunità indigene. Nel 1981 fu approvata la legge n.904, conosciuta come *Estatudo de las Comunidades Indígenas*, che riconobbe, per la prima volta, in

²¹⁶ V. Cabeldo Mallol, op.cit., pp. 249-255.

²¹⁷ A. Torres Romero, op.cit., pp. 307-310.

capo alle comunità indigene presenti nel territorio paraguaiano, un diritto generico di proprietà comunitaria delle terre individuate come "ancestrali". Lo Stato se ne faceva garante, fornendole gratuitamente alle comunità indigene che le rivendicavano, senza pagamento di alcun tributo, e rendendole inalienabili e inespropriabili. Fu riconosciuta la personalità giuridica delle singole comunità indigene e ammesso l'uso delle norme giuridiche consuetudinarie per le questioni interne alle comunità. Con la stessa legge fu creato l'*Instituto Nacional del Indígena (INDI)*, con il compito di occuparsi dei problemi relativi alla tutela dei diritti dei popoli indigeni e alla proprietà comunitaria delle terre storiche. L'*INDI* creò un registro delle popolazioni indigene presenti sul territorio, al fine dell'acquisizione, dietro titolo cartaceo, delle terre ancestrali. L'*Estatudo*, però, non riuscì a far fronte al problema: poche comunità indigene erano in possesso di un titolo valido per reclamare la proprietà. Lo stesso *Estatudo*, inoltre, definiva in modo piuttosto confuso la *comunidad indígena* come un gruppo di *clan* e famiglie con una cultura, una lingua e una terra comune e con un sistema giuridico proprio²¹⁸. Non erano previste, però, sanzioni per l'inottemperanza delle prescrizioni dell'*Estatudo*. Era riconosciuta alle comunità indigene non una vera e propria potestà giurisdizionale, ma solo una "soggezione volontaria" alla consuetudine ctonia, il cui limite era costituito dai "principi dell'ordine pubblico". I giudici, pertanto, erano legittimati a tenere conto, nelle loro decisioni, delle consuetudini indigene solo per comprendere lo stato culturale degli indigeni e la loro possibile difficoltà d'inserimento nell'ambiente sociale.

Durante la fase di transizione democratica, la tutela dei diritti dei popoli indigeni rimase al centro dell'attività politica, supportata dai movimenti indigeni che avevano favorito il passaggio allo Stato democratico. La legge n.43 del 1989, detta *Medida de no inovar*, garantì che nessuna innovazione in pregiudizio dei popoli indigeni sarebbe derivata dalle nuove riforme democratiche, né tantomeno dal futuro testo costituzionale.

²¹⁸ M. Rosti, *L'esperienza normativa nei Paesi del MER.CO.SUR.*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), op.cit., p. 209.

1.3 La Costituzione del 1992 e la legislazione successiva: il riconoscimento della proprietà comunitaria della terra indigena

La Costituzione del 1992 nasce con l'obiettivo di democratizzare il Paese, dopo il regime autoritario di Stroessner. La nuova Repubblica paraguaiana è definita come una democrazia partecipativa, rappresentativa e pluralista (art.1), fondata sulla dignità umana e sulla multiculturalità delle diverse componenti abitanti il suo territorio. Per questo motivo, la Costituzione riconosce due lingue ufficiali del Paese, lo spagnolo e il *guaraní* (art.40). Le comunità indigene assumono un'importanza notevole nella costruzione della nuova democrazia paraguaiana. Esse, infatti, sono identificate come "*grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo*", nerbo stesso della società paraguaiana (art.62). La Costituzione, però, non si limita a riconoscere la presenza dei popoli indigeni, ma garantisce anche la loro identità etnica e la preservazione dell'*habitat* indigeno, la vigenza della consuetudine giuridica indigena per la risoluzione dei conflitti interni e l'autoregolamentazione delle comunità dal punto di vista politico, sociale ed economico. L'unico limite posto dalla Costituzione è individuato nella non contrarietà delle norme consuetudinarie indigene alle leggi statali e ai diritti fondamentali dell'uomo, riconosciuti dal testo costituzionale e dalle convenzioni internazionali (art.63). La partecipazione alla vita economica delle comunità indigene, inoltre, è garantita dalla preservazione del patrimonio culturale e dell'*habitat* naturale dei popoli indigeni da qualsiasi forma di intervento statale in campo economico e da qualsiasi alienazione (art.65).

Nell'intento di preservare l'ambiente indigeno, come valore dell'identità indigena, la Costituzione compie un passo ulteriore rispetto all'*Estatudo* del 1981. Il testo costituzionale, infatti, legittima il diritto dei popoli indigeni alla proprietà comunitaria della terra, in accordo con la consuetudine giuridica indigena, nelle proporzioni sufficienti alla preservazione e allo sviluppo della proprie condizioni di vita, mentre lo Stato si fa carico di distribuire gratuitamente le terre individuate come "indigene" e di renderle esenti dal pagamento di ogni sorta di tributo (art.64). Si tratta di una delle prime "costituzionalizzazioni" latino-americane della

proprietà comunitaria della terra e, quindi, dell'individuazione, a livello costituzionale, di un *tertium genus* di beni, quello dei beni comuni²¹⁹.

Con l'approvazione della nuova Costituzione, sono stati stretti, inoltre, "accordi di armonizzazione" tra l'autorità centrale e le comunità indigene, al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali, ma anche la preservazione dell'identità culturale, del possesso delle terre storiche e della biodiversità dell'ambiente indigeno. Il Paraguay, infatti, è stato uno dei primi Stati latino-americani a ratificare la Convenzione OIL n.169/1989 (con legge n.234/1993) e la Convenzione ONU sulla Biodiversità (con la *Ley de Impacto Ambiental* n.294/1993). Inoltre, è stata approvata la legge n.352/1994 (*Ley de áreas silvestres protegidas*), che tutela i diritti dei popoli indigeni connessi alla preservazione della natura²²⁰.

Per ovviare al problema dell'individuazione delle terre indigene, in assenza di un titolo cartaceo di proprietà, è stato approvato un nuovo *Estatudo agrario* (legge n.1863/2002). Questo ha portato alla creazione dell'*Instituto Nacional de la Reforma Agraria y de la Tierra (INDERT)*, che ha affiancato l'*INDI* nell'individuazione delle terre indigene da distribuire e delle comunità indigene che possono vantare un titolo su queste terre. Inoltre, è stata creata la *Secretaria del Ambiente (SEAM)*, rivolta alla tutela della biodiversità dei territori abitati dagli indigeni. In base al nuovo *Estatudo*, le terre devono essere distribuite gratuitamente solo a quelle comunità indigene che hanno avviato un procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica. Rimane salva la possibilità per l'autorità statale di procedere a esproprio per pubblica utilità, dietro pagamento di indennizzo alle comunità espropriate.

Nel 2005 è stato riformato il Codice Civile (legge n.2775/2005). In base alla nuova riforma, le associazioni possono, ora, acquisire direttamente la proprietà di terre. Questo ha incentivato la costituzione di diverse associazioni indigene, che

²¹⁹ E. Prieto, *La repubblica del Paraguay e i diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, op.cit., pp. 195-224.

²²⁰ E. Prieto, *Derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en Paises independientes*, Edición de Iniciativa Amotocodie, 2006/2009, consultabile all'indirizzo internet www.iniciativa-amotocodie.org.

hanno reclamato, anche in via giudiziale, il recupero delle terre ancestrali.

1.4 L'intervento della giurisprudenza interamericana: il caso delle popolazioni del Chaco

Il diritto alla proprietà comunitaria indigena delle terre ancestrali, pur riconosciuto costituzionalmente, è garantito solo a livello formale. Rimane, infatti, ancora un *deficit* di attuazione della tutela costituzionale in merito alla restituzione delle terre storiche. La popolazione indigena paraguaiana vive in situazioni di estrema povertà e marginalità sociale. Inoltre, il consolidamento democratico dello Stato ha richiesto l'assestamento delle finanze, possibile solo attraverso economie di mercato fortemente liberiste, che hanno aggravato le condizioni delle comunità indigene. Le restituzioni delle terre ancestrali, perciò, sono state sporadiche, anche per la difficoltà di accertare il possesso indigeno, in assenza di adeguati titoli scritti²²¹.

Un importante cambiamento è avvenuto a seguito della giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, che, in due casi, diventati dei veri e propri *leading case*, è intervenuta in favore della legittimazione delle comunità indigene come proprietarie delle terre ancestrali. Si tratta della sentenza 17 giugno 2005²²², pronunciata in favore della comunità *Yakye Axa*, e della sentenza 29 marzo 2006²²³, pronunciata in favore della comunità *Sawhoyamaxa*. La trattazione approfondita delle due sentenze citate è devoluta al capitolo successivo.

Entrambi i casi riguardano comunità indigene abitanti la regione del Chaco, un'area strategica dal punto di vista economico, per un micro-clima sub-tropicale, a tratti arido e con una forte escursione termica, che favorisce lo sfruttamento di alcune colture intensive (soia e canna da zucchero) da parte di alcune

²²¹ M. Chase Sardi e B. Susnik, *Los indios de Paraguay*, Mapére, Madrid 1995, pp. 350-351. Per un ulteriore approfondimento, si rinvia ai rapporti sul Paraguay dell'IWGIA, consultabili all'indirizzo www.iwgia.org.

²²² CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza del 17 giugno 2005. Serie C n°.125 e 142

²²³ CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 29 marzo 2006. Serie C n°.146.

multinazionali. La stessa regione, inoltre, presenta diverse risorse naturali, il cui utilizzo su larga scala è spesso concesso dalle autorità paraguaiane a imprese straniere. Una politica economica, proiettata allo sfruttamento del latifondo sul territorio del Chaco, naturalmente, non permette la restituzione delle terre storiche rivendicate dalle popolazioni *Yakye Axa* e *Sawhoyamaxa*²²⁴. Oggi, dopo le vittorie in sede interamericana, le popolazioni indigene sperano di vedere applicato il riconoscimento del loro *status* proprietario sulle terre storiche, pur in assenza di un titolo cartolare che testimoni l'appartenenza. Le sentenze citate, tra l'altro, si rivelano dei manifesti delle rivendicazioni indigene. Esse, infatti, ribadiscono il legame indigeno con la terra e forniscono linee-guida valide per tutti i Paesi firmatari della Convenzione interamericana. Con queste sentenze, la Corte interamericana, inoltre, ha condannato il Paraguay all'adozione di misure legislative e amministrative per rendere effettivo il diritto di proprietà comunitaria dei popoli indigeni. Tuttavia, lo Stato è rimasto inadempiente oltre il limite triennale, predisposto dalla Corte²²⁵.

Nel 2012, a seguito di accordi bilaterali intercorsi tra le autorità statali e le comunità indigene, sono avvenute alcune micro-restituzioni terriere. Nello specifico, si tratta di accordi con le rappresentanze *Sawhoyamaxa* e *Yakye Axa*, già forti delle pronunce interamericane, ma anche con alcune comunità *Ayoreo*. Il 21 maggio 2014, il Parlamento paraguaiano ha approvato la legge n.5194 (*Ley de restitución de las tierras de los Sawhoyamaxa*), che, per la prima volta, si è occupata in concreto del caso della comunità *Sawhoyamaxa*. Facendo riferimento alla condanna ricevuta dalla Corte interamericana, questa legge autorizza e legittima il possesso indigeno in gestione comunitaria delle terre del *Chaco* rivendicate come ancestrali. Inoltre, avvia una restituzione terriera senza

²²⁴ A. Bedoya Silva-Santistebán e E. Bedoya Garland, *Servidumbre por dueñas y marginación en el Chaco de Paraguay*, Rapporto OIL 2005.

²²⁵ E. Tramontana, *La dimensione collettiva dei diritti dei popoli indigeni nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani: il caso della Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c./ Paraguay*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007/III. Per un quadro specifico delle sentenze citate, si rinvia anche a: O. Ayala e M.J. Cabello, *Entre la realidad y los avances de la justicia internacional*, in CODEHUPY – Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay – Report 2006; S. Vezzani, *Bioprospecting nelle Ande: considerazioni in merito alle decisioni 391/1996 e 486/2000 della Comunità Andina*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), op.cit., pp. 63-76.

precedenti. Si tratta di una delle più grosse compensazioni degli ultimi anni, visto che la legge autorizza le autorità paraguaiane a espropriare ai grandi latifondisti e alle multinazionali, dietro indennizzo, 14.000 ettari di terreno da restituire alla comunità *Sawhoyamaxa*, con il reinserimento nelle proprie terre originarie di ben 160 nuclei familiari. La legge rende effettiva la tutela formale della Costituzione, adattando direttamente la giurisprudenza interamericana nel diritto interno, in previsione di ulteriori riforme. Inoltre, si propone di incentivare la restituzione delle terre ancestrali indigene e la riparazione economica dei torti subiti. Infine, la gestione comunitaria del bene comune è legittimata come *tertium genus* di proprietà²²⁶.

Tuttora, sono al vaglio del Parlamento progetti di legge per il riconoscimento di una legittimazione simile anche per la comunità indigena *Yakye Axa*. La situazione odierna del Paese, però, è piuttosto tesa a causa di conflitti politici interni, complice anche la crisi economica che non ha permesso uno sviluppo equilibrato delle istituzioni democratiche all'interno della società.

2. Il caso dell'Argentina

2.1 Dalla decolonizzazione alla democrazia: cenni storici

La storia dell'Argentina indipendente ha inizio nel 1806-1807, durante le guerre napoleoniche, quando, nel tentativo di indebolire la Spagna, alleata della Francia, la flotta britannica tentò di invadere la regione della colonia spagnola di Buenos Aires, che apparteneva al Vicereame del Perù. L'invasione del Río de la Plata fu presto respinta dalla flotta spagnola, ma la popolazione della colonia si sollevò contro il governo locale e destituì il viceré. I coloni elessero un altro viceré, legittimato dall'élite coloniale creola. Il 25 maggio 1810, con la Rivoluzione di Maggio, fu costituito il primo governo indipendente delle Province

²²⁶ L.A. Nocera, *Paraguay. Approvata legge per la restituzione delle terre ancestrali alle popolazioni indigene Sawhoyamaxa*, DPCEonline, 3/2014.

Unite del Río de la Plata, con capitale a Buenos Aires. L'indipendenza formale fu dichiarata nel 1816, dopo le campagne vittoriose di Bolívar e San Martín, ma fu assicurata solo otto anni dopo, nel 1824. Sconfitta nella battaglia di Ayacucho, la Spagna rinunciò definitivamente a qualsiasi rivendicazione sulle colonie americane.

L'Argentina si fece promotrice delle idee rivoluzionarie liberali nel continente sudamericano, auspicando la costruzione di un modello giuridico ispirato sia alla Francia rivoluzionaria, sia agli Stati Uniti d'America. L'indipendenza argentina si accompagnò alla formazione di un'organizzazione politica stabile in un territorio dove erano presenti autorità locali diversificate che contendevano il potere all'autorità centrale. Fino alla metà del XIX secolo, lo scontro armato tra le correnti politiche "federaliste" e quelle "centraliste" non permise la costruzione di uno Stato nazionale e favorì il fenomeno del *caudillismo*. Solo nel 1853, a seguito della sconfitta della Provincia di Buenos Aires e della destituzione del generale-dittatore De Rosas, fu convocato a Santa Fé un Congresso costituente, che concluse i suoi lavori con l'approvazione di una Costituzione unitaria. Tale documento nacque dall'accordo dei "federalisti" e dei "centralisti" e si pose come elemento unificatore del sentimento nazionale. L'Argentina si presentava così come una Confederazione repubblicana di province autonome, che rispondevano a un governo centrale con attribuzioni ben definite²²⁷. La costruzione del nuovo Stato liberale argentino si concluse con la riforma costituzionale del 1860 (*Convención reformadora en Santa Fé*), che sostituì la parola "confederazione" con "nazione" e riunificò tutte le province argentine con la provincia indipendente di Buenos Aires, proclamata capitale federale con uno *status* particolare nel 1880.

Per raggiungere la coesione nazionale, fu stabilito che i confini della federazione fossero ben delineati ed estesi ulteriormente. Scoppiarono, pertanto, conflitti regionali con le altre potenze latino-americane nascenti. Iniziò, inoltre, la

²²⁷ All'epoca, non era ancora ben delineata una differenza tra il termine Confederazione e Federazione, spesso usati come sinonimi. Nella Costituzione argentina, la confusione è palese: l'art.1 fa riferimento al governo repubblicano e federale della nuova nazione, mentre l'art.5 definisce ogni provincia confederata.

conquista del *desierto*, che si concretizzava nell'aggressione dei popoli indigeni residenti a sud e a ovest e nell'instaurazione di insediamenti nazionali nei territori indigeni. Il concetto di eguaglianza formale fu distorto in una forzata assimilazione delle popolazioni abitanti e nella negazione di diversità giuridiche evidenti.

Dal 1880 fino agli inizi del XX secolo, si susseguirono governi conservatori. In questo periodo, l'Argentina visse un momento di prosperità politica ed economica: furono sconfitti gli ultimi *caudillos* e i movimenti autonomisti locali; furono definitivamente inclusi nel territorio nazionale il deserto australe e le altre terre indigene; si fondarono nuove città e si crearono nuovi insediamenti nelle zone selvagge, dotate di ricche risorse naturali; furono favoriti, inoltre, gli investimenti esteri. Le presidenze di Roca e di Juárez Celman avviarono una legislazione aperta all'immigrazione europea, nel tentativo di "europeizzare" la società argentina.

Agli inizi del XX secolo, il crescente malcontento nelle masse e la diseguaglianza sociali provocarono manifestazioni di massa e scioperi generali, che determinarono la caduta del governo liberale e l'instaurazione dei governi riformisti di Yrogoyen (1916-1922 e 1928-1930) e Alvear (1922-1928), leader del partito radicale argentino. Tali governi, tuttavia, si rivelarono incapaci di far fronte alle richieste provenienti da una società in continuo cambiamento e di reagire alla crisi economica del '29. Seguì, pertanto, un decennio di colpi di stato e di regimi militari (*decada infame*).

Nel 1943 un colpo di stato portò all'insediamento di una classe politica anti-comunista, filo-fascista e cattolica, che favorì l'ascesa al potere di Juan Pedro Perón. Con l'elezione a Presidente nel 1946, nacque il *peronismo*, una forma di giustizialismo populista, che univa il socialismo e il nazionalismo politici con il corporativismo economico di stampo fascista (la cosiddetta "Terza Posizione" peronista) e che vantò un favore e un accredito bi-partisan, influenzando sulla politica argentina successiva²²⁸. Nel 1949 Perón riformò quasi integralmente la

²²⁸ Per un approfondimento sul peronismo e i suoi influssi odierni, si rinvia a: M. Losano, *Peronismo e giustizialismo: dal Sudamerica all'Italia, e ritorno*, Diabasis, Parma 2008. Sulle

Costituzione liberale ottocentesca. Allargò, inoltre, il suffragio universale alle donne, potenziò la protezione dei diritti dei popoli indigeni e avviò una legislazione particolarmente attiva in ambito economico e sociale, volta a superare le diseguaglianze e a rendere la nazione competitiva a livello internazionale.

La presidenza di Perón, tuttavia, condusse a una marcata polarizzazione tra le forze politiche e sindacali del Paese. Nel 1955 un colpo di stato militare (*Revolución Libertadora*) rovesciò il governo e inaugurò una serie di *golpe* da parte delle forze armate, condizionando la formazione dei governi successivi. Perón fu costretto all'esilio e il partito peronista fu dichiarato fuori legge. Le riforme costituzionali del 1949 furono abrogate. Con l'eccezione di rari momenti democratici, i colpi di stato militari si susseguirono fino al ritorno del *peronismo* nel 1973. Si trattò, però, di una parentesi di breve durata, interrotta dalla morte di Perón nel 1974. Dal 1976 al 1983 s'instaurò un regime militare, ancora oggi ritenuto uno dei più cruenti del continente sudamericano, caratterizzato particolarmente per la violazione dei diritti umani e per i numerosi omicidi e "scompare" di potenziali oppositori politici (*desaparecidos*).

La sconfitta argentina nella guerra delle Falkland-Malvinas (1982-1983) contro il Regno Unito segnò la caduta definitiva del regime dittatoriale dei militari e l'inizio di una fase di transizione democratica durata un decennio. Le elezioni democratiche del 1983, le prime dopo la dittatura militare, portarono alla vittoria del leader del partito radicale Raul Alfonsín, che affrontò il ritorno alla democrazia, ordinando i processi contro le giunte militari e le organizzazioni guerrigliere responsabili del terrorismo di Stato degli anni precedenti (*ERP* e *Montoneros*). Si costituì una Commissione sulla sparizione delle persone durante gli anni del regime (*CONADEP – Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*), con il compito di indagare sulla violazione dei diritti umani e gli omicidi politici compiuti dal regime militare. Il rapporto che derivò dall'indagine *Nunca Más* nel 1984 portò alle storiche condanne degli esponenti più autorevoli del regime militare. Il processo di transizione democratica fu, poi, completato dal

idee giustizialiste di Perón e la cosiddetta Terza Posizione, si rinvia, invece, a: J.D. Perón, *L'ora dei popoli*, Pagine 2013.

Presidente peronista Menem, in carica dal 1989 al 1999, che favorì l'ingresso dell'Argentina nel MER.CO.SUR. (Mercato Comune del Sud), con la firma del Trattato di Asunción, e il coordinamento della politica interna con la politica internazionale. La riforma del testo costituzionale nel 1994 ha ampliato il novero dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, contemplando diritti di ultima generazione e diritti collettivi e di gruppo e dando alla Repubblica argentina il ruolo chiave di promotore dei diritti umani²²⁹.

2.2 La questione indigena prima della riforma costituzionale del 1994

Secondo il *Registro Nacional de Comunidades Indígenas*, aggiornato al febbraio 2015, in Argentina esistono oggi 35 diversi popoli indigeni, di cui solo un esiguo numero, 579.501 individui, vive in comunità sui terreni ancestrali. Ben 2.020.401 individui vivono, invece, nelle città, mescolati con la popolazione nazionale. Si tratta di un numero notevolmente ristretto, se si considerano i popoli indigeni abitanti originariamente nell'attuale territorio argentino: secondo le cifre degli storici, sono ben 65 i popoli indigeni estintisi a seguito dell'espansione territoriale argentina²³⁰. Quest'anomalia è dovuta alle vicissitudini storiche, che hanno favorito l'instaurazione di una massiccia presenza occidentale con il conseguente sterminio indigeno. Inoltre, la politica nazionale successiva all'indipendenza ha provveduto a trasformare l'Argentina in uno Stato "polietnico", caratterizzato dalla presenza di diversi gruppi etnici di origine europea, piuttosto che in uno Stato "multinazionale", composto da minoranze nazionali territorialmente concentrate²³¹.

Il rapporto tra popoli indigeni e colonizzatori europei ha, infatti, subito

²²⁹ Per i riferimenti alla storia dell'Argentina, si rinvia a: F. Fiorani, *I paesi del Rio de la Plata*, op.cit.; M. Rosti, *L'evoluzione giuridica dell'Argentina indipendente*, Unicopli, Milano 1994; M. Rosti, *Modelli giuridici nell'Argentina indipendente 1810-1910*, Giuffrè, Milano 1999.

²³⁰ I dati ufficiali sono riportati dalla Mappa strutturata dalla *Secretaria de Derechos Humanos* presso il governo argentino, consultabile online all'indirizzo jus.gob.ar, e dai censimenti nazionali dell'Indec (*Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina*), consultabili online all'indirizzo indec.mecon.ar.

²³¹ W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna 1999, p.37.

diversi mutamenti durante la formazione giuridico-politica argentina. In epoca spagnola, la giurisdizione della Corona si era sostituita quasi totalmente a quella dell'impero *inca* a nord, con l'introduzione di un sistema di missioni religiose legato alla gestione dei lotti di terra coltivabili. Gran parte delle zone centrali e meridionali, invece, abitate da popolazioni indigene prevalentemente nomadi, era stata solo sfiorata dalla colonizzazione spagnola. Gli spagnoli avevano instaurato un regime di "protezione" nei confronti degli indigeni, ritenuti liberi, perché sudditi della Corona spagnola, ma affetti da inferiorità mentale e morale (*miserables*), dovuta alle loro condizioni socio-culturali e religiose. Come tali, gli indigeni non potevano possedere la terra, ma solo gestirla sotto la supervisione di un *encomendero*, con il compito di tutelare gli interessi della Corona, ma anche l'evoluzione e la cristianizzazione dei nativi.

L'indipendenza dalla madrepatria e la formazione delle Province del Río de la Plata portarono all'abolizione degli istituti coloniali spagnoli e all'instaurazione dell'eguaglianza formale di stampo liberale. Già la Costituzione delle Province Unite di Río de la Plata del 1819 dava la cittadinanza agli *indios*. Gli indigeni, però, non godevano ancora di una considerazione favorevole. In particolare, si tendeva a interpretare quello *status* di inferiorità, che trovava, prima, la sua protezione negli istituti dell'impero spagnolo, come una condizione di minorità culturale, che doveva essere corretta forzatamente dal nuovo Stato liberale. Inoltre, con la nascita di uno Stato unitario argentino, non era possibile ammettere differenziazioni all'interno della nuova popolazione nazionale, anche per evitare reviviscenze nazionaliste e indipendentiste nella popolazione. Per questo motivo, era necessario eliminare tutte le peculiarità e le caratteristiche prettamente indigene. Così, la Costituzione argentina del 1853 indicò, tra gli obiettivi principali della nazione argentina, quelli di provvedere alla sicurezza delle frontiere e di conservare la relazione pacifica con gli indigeni (art.64 inc.15), di promuovere la conversione al cattolicesimo degli indigeni (art.65) e di favorire la colonizzazione delle terre abitate dagli indigeni (art.67). L'*indio* era visto come un selvaggio da civilizzare, convertire e, quindi, integrare e assimilare all'interno della popolazione nazionale. Risultavano invalidi, a questo punto, tutti i trattati di

diritto internazionale stipulati negli anni precedenti con le comunità indigene, in quanto in contrasto con il diritto nazionale. La mancata demarcazione di veri e propri confini a sud e a ovest incentivò, inoltre, la cosiddetta conquista del *desierto* e lo spostamento della frontiera, legittimando lo sterminio delle popolazioni indigene residenti nelle estreme regioni da colonizzare. Le campagne di Julio Argentino Roca nel 1878 e quella del Chaco nel 1884 sono gli esempi più illustri di questa politica espansionistica. Mentre alcune popolazioni difesero strenuamente la propria indipendenza, altre si assoggettarono al dominio argentino, accettando la reclusione in riserve, solitamente lontane dai luoghi originari e spesso occupate da diverse comunità indigene non appartenenti alla medesima etnia²³².

Con la *Ley de inmigración y colonización* del 1876, il governo argentino favorì una massiccia immigrazione europea, nel tentativo di sradicare completamente la caratteristica indigena nella popolazione e di costruire una "nazione bianca", in tutto simile alle nazioni europee. I governi provinciali, prima, e il governo centrale, poi, ordinarono lo scioglimento per legge delle comunità indigene e la divisione della terra, tolta ai nativi, in lotti di proprietà privata da alienare, secondo la tradizione liberale europea. Solo alla fine del XIX secolo, trovarono una legittimazione processuale, in base all'art.4015 del Codice Civile, limitate azioni possessorie da parte di alcuni nuclei familiari indigeni²³³.

Un lieve mutamento avvenne all'inizio del XX secolo per merito di una sentenza della Corte Suprema argentina del 1929. Nello specifico, una comunità indigena residente nella Provincia di Jujuy rivendicava il possesso di una terra, passata illegittimamente nella proprietà provinciale, appellandosi al criterio dell'originarietà e del possesso continuo e indisturbato, in regime di proprietà comunitaria, durante il periodo incaico e la colonizzazione spagnola. La Corte non poteva riconoscere la proprietà originaria e comunitaria della terra senza il

²³² V. Bazán, *Il riconoscimento del diritto dei popoli indigeni in Argentina*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, op.cit., pp. 121 e ss.

²³³ A. Levaggi, *Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el siglo XIX*, in A. Levaggi (a cura di), *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires 1990.

possesto di un titolo cartolare che lo dimostrasse, perché in contrasto con il Codice Civile. Nel caso in questione, però, ammise la vigenza di un diritto preesistente a quello nazionale argentino, che, pur non legittimando la proprietà ancestrale della terra, dava la possibilità alla comunità indigena reclamante di vantare un diritto di prelazione sulla terra espropriata²³⁴.

Si tratta di una notevole evoluzione nel riconoscimento della componente indigena e della proprietà comunitaria della terra ancestrale, che ha influenzato tutta la legislazione successiva. Durante la presidenza di Perón (1946-1955), infatti, è stata estesa la cittadinanza argentina anche agli indigeni, mentre, seppur timidamente e intrisa ancora di paternalismo, è stata avviata una politica di integrazione e di promozione socio-culturale. Nel 1959, è stata ratificata la Convenzione OIL per la protezione e l'integrazione degli indigeni e di altre popolazioni tribali e semi-tribali nei Paesi indipendenti, n.107/1957, ed è stato riconosciuto, per la prima volta, il diritto dei popoli indigeni alla proprietà comunitaria della terra. Negli anni '70, in linea con i nascenti movimenti indigeni e con la politica dell'*indigenismo*, sono state avviate le prime storiche restituzioni di terre da parte dei governi provinciali e nazionale.

Negli anni '80, durante la transizione democratica e nel tentativo di tornare alla normalità dopo la dittatura militare, è stata inaugurata una nuova era legislativa, attenta alla protezione dei diritti umani e dei diritti dei popoli indigeni. La prima legge a riconoscere il pluralismo culturale e giuridico è stata la legge provinciale di Formosa n.426 del 14.11.1984, nota come *Ley Integral del Aborígen*. L'art.4 di questa legge, infatti, contempla la possibilità da parte delle comunità indigene di autoregolarsi in base al loro diritto consuetudinario, quando non in contrasto con l'ordine pubblico ("*las comunidades aborígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios de orden público*").

La legge provinciale ha anticipato solo di un anno la legge nazionale n.23302 dell'8.11.1985 (*Ley de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades*

²³⁴ M. Rosti, *Gli indios e la terra nell'attuale Costituzione argentina*, in M. Losano (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Giuffrè, Milano 2004, p.85.

Aborígenes), tuttora in vigore. Con essa, la Repubblica argentina pone tra gli interessi nazionali la protezione e la promozione delle comunità indigene, definendo il concetto di "comunità indigena" come un insieme di familiari, che si riconoscono come tali per il fatto di discendere da popolazioni che abitavano il territorio nazionale all'epoca della conquista e della colonizzazione. La stessa legge crea un Registro delle comunità indigene (*RENACI*), per attivare l'assegnazione delle terre originarie alle comunità reclamanti, e l'*Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)*, come entità decentralizzata del potere esecutivo nazionale con partecipazione indigena. Quest'ultima, regolamentata dal decreto n.155/1989, è dipendente dal Ministero della Salute ed è composta da un consiglio, a partecipazione indigena, creato nel 2004 e riformato nel 2008, che comprende tutte le comunità indigene riconosciute. Il compito dell'*INAI* è di attuare la politica indigenista nazionale e, quindi, il *Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas* per l'individuazione e l'attribuzione delle terre alle comunità riconosciute²³⁵.

La tutela nazionale è completata dalla legge n.24071/1992 (in vigore dal 3.07.2001), che ratifica la Convenzione OIL sui diritti dei popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti, n.169/1989. Con quest'ultima, è formalmente riconosciuto il diritto consuetudinario indigeno, ove compatibile con i diritti fondamentali e i diritti umani (art.9), la proprietà comunitaria delle terre indigene ancestrali, lo sfruttamento delle risorse naturali presenti in esse e il diritto all'indennizzo in caso di trasferimento (artt.13-19). La legge specifica, inoltre, che per "terre ancestrali" sono intesi i territori abitati dagli indigeni nell'interezza, cioè comprensivi di tutto l'ambiente e delle risorse naturali presenti (art.13 inc.2)²³⁶.

Sulla scorta della legislazione nazionale e di quella della Provincia di Formosa, quasi tutte le Province argentine hanno avviato, tra il 1986 e il 1998, una riforma delle Costituzioni provinciali, riconoscendo la preesistenza etnica dei popoli indigeni e il diritto a mantenere la propria cultura e la propria lingua e a

²³⁵ Idem, p.100.

²³⁶ L.M. Zapiola, *Pueblos indígenas. Reflexiones jurídicas en torno a la multiculturalidad e el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en los Países independientes respecto de la Republica Argentina*, in peublosindigenas.net.

trasmetterle. In diversi casi, è timidamente riconosciuta anche la proprietà comunitaria della terra²³⁷.

Un'ulteriore protezione dei diritti dei popoli indigeni proviene anche dall'ingresso dell'Argentina nel MER.CO.SUR. nel 1991. Uno degli obiettivi del Trattato di Asunción, infatti, è garantire la promozione dei diritti umani e degli istituti democratici e pluralisti, oltre alla protezione dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile. Per attuare questo, il MER.CO.SUR. si propone la concreta realizzazione di politiche pubbliche in difesa dei diritti umani, obiettivo che deve essere incardinato direttamente all'interno degli ordinamenti degli Stati contraenti, in virtù di una superiorità del diritto internazionale su quello nazionale²³⁸.

2.3 La riforma costituzionale del 1994 e la legislazione successiva: il riconoscimento delle terre indigene

La revisione costituzionale del 22 agosto 1994 ha completato definitivamente il passaggio dal regime autoritario della dittatura militare allo Stato democratico odierno, inserendosi in chiusura al processo di transizione democratica avviato già nel decennio precedente. Essa modifica radicalmente la vecchia Costituzione argentina, rendendo il nuovo Stato democratico garante e promotore dei diritti e delle libertà fondamentali, e accoglie le istanze delle organizzazioni indigene, in accordo con il diritto internazionale²³⁹.

²³⁷ Di seguito, si fanno alcuni esempi delle tutele provenienti dalle Costituzioni provinciali: l'art.42 della Costituzione di Río Negro protegge la componente indigena come gruppo preesistente e ne garantisce la preservazione della sua cultura; l'art.79 della Costituzione di Formosa assicura l'identità etnica e culturale delle comunità indigene, riconoscendo anche il diritto di proprietà comunitaria sulle terre originarie; l'art.6, II co., della Costituzione della Pampa si limita al riconoscimento della preesistenza etnica e culturale dei popoli indigeni; l'art.36, inc.9, della Costituzione di Buenos Aires fa un passo ulteriore, dichiarando la Provincia promotrice delle rivendicazioni culturali e territoriali indigene; l'art.37 della Costituzione del Chaco fa riferimento alla personalità giuridica delle comunità indigene. V. Cabedo Mallol, op.cit., pp. 261 e ss.

²³⁸ E. Roza Acuña, *Il costituzionalismo in vigore nei Paesi dell'America latina*, op.cit., pp. 579-584; M. Rosti, *L'esperienza normativa dei paesi del MER.CO.SUR.*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), op.cit., pp. 187-221.

²³⁹ A.R. Della Vía, *La emergencia constitucional en la Republica argentina*, in G. De Vergottini (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America latina*, op.cit., pp. 3-64. Per un confronto si

I diritti e le libertà fondamentali ricevono un'adeguata legittimazione nei primi articoli della Costituzione (artt.1-35), posti come una vera e propria *Magna Charta* dei diritti, la cui tutela è ora obiettivo della forma democratica dello Stato. La difesa dell'ordine istituzionale e della democrazia, infatti, costituisce un obiettivo comune dei cittadini, per il quale cooperano tutte le garanzie e le tutele fondamentali contenute nel testo costituzionale (art.36). Accanto ai diritti individuali di stampo liberale, le nuove garanzie dello Stato democratico comprendono i diritti politici (art.37) e il diritto a riunirsi in partiti politici (art.38), negati per tutto il periodo della dittatura, ma anche nuove fattispecie meritevoli di tutela, il cui interesse è individuato anche nelle collettività. Sono, in tal modo, garantiti i diritti dei consumatori (art.42), ma anche i diritti dell'ambiente (art.41), che influiscono su gruppi più o meno estesi di cittadini o anche sulla quasi totalità di essi. Inoltre, il testo costituzionale, così revisionato, contempla la tutela dei diritti collettivi d'azione, che si distinguono per la caratteristica di proteggere le comunità e di garantirne l'intervento nella vita politica e giuridica del nuovo Stato democratico. In tal senso, la Costituzione garantisce l'iniziativa legislativa popolare e la consultazione preventiva, tramite il mezzo del *referendum*, sulle proposte di legge (artt.39-40), ma anche il diritto a ricorrere per *amparo* direttamente al giudice ordinario per proteggere le garanzie costituzionali (art.43)²⁴⁰.

Nella trasformazione democratica degli istituti dell'ordinamento statale, è stato riformato integralmente l'articolo 75 della Costituzione, che pone il Congresso al centro del sistema giuridico-politico, affidandogli l'attuazione effettiva del nuovo equilibrio democratico e federale²⁴¹. Il nuovo art. 75 prevede

rinvia anche a: C.S. Nino, *Un País al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires 1992.

²⁴⁰ E. Roza Acuña, *Il costituzionalismo in vigore nei Paesi dell'America latina*, op.cit., pp. 585-608.

²⁴¹ Il Parlamento argentino o Congresso (*Congreso de la Nación Argentina*) rappresenta il potere legislativo ed è un'assemblea bicamerale formata da una Camera dei deputati (257 membri), eletti a suffragio universale con sistema proporzionale in distretti elettorali definiti, e da un Senato federale (72 senatori, 3 per ogni Provincia), eletto su base federale tramite il "sistema di lista incompleta" (2 seggi sono assegnati alla lista che ha preso il maggior numero di voti e 1 alla lista che è arrivata seconda). Il Congresso si rinnova parzialmente (metà della Camera e un terzo del Senato) ogni due anni. Ogni deputato dura in carica 4 anni, mentre ogni senatore dura in carica 6 anni. Le attribuzioni di ciascun ramo del Congresso differiscono tra loro

ed elenca, infatti, le attribuzioni specifiche del Congresso. Sono menzionati, per esempio, l'obbligo di dare vita al federalismo fiscale e alla ripartizione delle risorse (inciso 2), l'obbligo di provvedere alla sicurezza delle frontiere (inciso 16), l'obbligo di adottare misure per proteggere lo sviluppo umano ed economico, la giustizia sociale e l'istruzione, eliminando qualsiasi forma di discriminazione (inciso 19), l'obbligo di proteggere l'identità plurale dello Stato e il pluralismo culturale (inciso 19), la supremazia normativa di leggi, trattati, convenzioni e patti internazionali sulla protezione dei diritti umani e il compito del Congresso di vegliare a difesa di tale supremazia (inciso 22)²⁴². Tra le attribuzioni e le competenze del Congresso, l'inciso 17 dell'articolo 75 pone anche il compito di riconoscere la preesistenza etnica e culturale dei popoli indigeni ("*reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos*") per garantire il rispetto della loro identità e il diritto a un'istruzione bilingue e multiculturale ("*garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural*"). Il Congresso si fa carico di riconoscere la personalità giuridica delle comunità indigene, il possesso e la proprietà comunitaria delle terre tradizionali ("*reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan*"), in accordo con lo sviluppo umano (*desarrollo humano*) delle comunità indigene, e la partecipazione alla gestione delle risorse naturali e ad altri interessi ("*asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten*"). Infine, le terre tradizionali, possedute comunitariamente, non possono essere soggette ad alienazione, esproprio o ipoteca e sono insuscettibili di trasmissione ("*ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos*"). È demandato alle

(bicameralismo imperfetto). Alla Camera bassa sono demandate competenze generali in materia legislativa della nazione, così come le decisioni sui progetti di legge d'iniziativa popolare, oltre alla messa in stato d'accusa, davanti al Senato, del Presidente, del Vice-Presidente, dei ministri e dei giudici della Corte Suprema. Il Senato, invece, ha competenze specifiche in materia fiscale e federale, vota lo stato di guerra, giudica sulle accuse contro Presidente, Vice-Presidente, ministri e giudici di Corte Suprema e partecipa, insieme al Presidente, alla designazione dei membri della Corte Suprema, dei giudici federali e degli alti ufficiali delle forze armate.

²⁴² Per dovere di chiarezza espositivo, si precisa che il termine "inciso" (abbreviato in "inc.") nella Costituzione e nella legislazione argentine equivale a "comma".

Province il compito di rendere esecutive le disposizioni del Congresso nei propri territori ("*las Provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*")²⁴³.

La prima grande "rivoluzione" apportata dall'art.75 della Costituzione riguarda la sostituzione del termine *indios*, di impronta colonialista, con il termine *indígenas*, di vocazione internazionalista, e del più generico *poblaciones* con lo specifico *pueblos*. Con queste correzioni lessicali, apparentemente semplici, l'Argentina si libera dal retaggio coloniale e paternalista, portandosi al passo con le tutele del diritto internazionale e riconoscendo sia la caratteristica "indigena", che distingue i nativi dal resto della popolazione nazionale, sia lo *status* di "popolo" alle comunità indigene, con la protezione che ne deriva. Sono, inoltre, introdotti i termini *comunidad* e *comunitario*, identificativi della peculiarità dei popoli indigeni nel gestire e amministrare i propri beni e le proprie risorse, in armonia con tutti i componenti della comunità. La Costituzione, quindi, dà un riconoscimento formale all'istituto della proprietà comunitaria, non contemplato dal Codice Civile, ma implicitamente ammesso, perché presente nella cultura preesistente di un popolo. La norma costituzionale richiama, perciò, l'art.4 della legge n.23302 del 1985 (*Ley de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes*), che legittima la proprietà comunitaria della terra, secondo la consuetudine giuridica indigena, sulle terre occupate tradizionalmente dagli indigeni, e la legge n.24071 del 1992, che ha ratificato la Convenzione OIL n.169/1989, riconoscendo i diritti collettivi dei popoli indigeni sulle terre ancestrali. L'art.75, inciso 17, della Costituzione, inoltre, fa esplicito riferimento alla tutela della diversità etnica e culturale dei popoli indigeni, come fonte stessa del loro diritto alla proprietà comunitaria, confermando il legame indigeno indissolubile con la terra madre, presente nella letteratura giuridica internazionale²⁴⁴.

Il riconoscimento formale della proprietà comunitaria delle terre indigene, garantito dalla Costituzione argentina, lascia dubbi a livello interpretativo sulla

²⁴³ V. Bazán, op.cit., p. 130.

²⁴⁴ M. Rosti, *Gli indios e la terra nell'attuale Costituzione argentina*, op.cit., pp. 75-121. Si rinvia anche a: M. Rosti, *La riforma costituzionale argentina del 1994: bilancio di un quinquennio*, in Dir. Pub. Comp. Ed Eur., 2000/III.

tutela effettiva. Il primo problema riguarda l'inserimento dell'art.75 nel capitolo relativo alle attribuzioni del Congresso: questo pone la questione se l'inciso 17 sulla tutela dei popoli indigeni e della proprietà comunitaria sia effettivamente una disposizione direttamente applicabile o se necessiti di una legge specifica del Congresso, trattandosi di una norma programmatica. Quest'ipotesi sembra avvalorata dal fatto che ci sono leggi apposite per determinare l'assegnazione di terre alle comunità indigene e che la legge n.24071 del 1992 fa esplicito riferimento all'obbligo di adottare misure amministrative, legislative e giudiziarie idonee a promuovere il pluralismo. Risulta difficile individuare le terre "ancestrali" delle comunità indigene, spesso già occupate da privati che le hanno acquistate legittimamente.

Un ulteriore dubbio riguarda la possibilità di forme di organizzazione politica, sociale ed economica da parte delle comunità indigene sulle terre originarie. La norma costituzionale, inoltre, nel tentativo di estendere i principi del pluralismo democratico, potrebbe prevedere privilegi esclusivi solo per alcune persone, in contrasto con il principio di eguaglianza di fronte alla legge (art.16 Cost.).

Infine, l'art.75, inc.17, sembra far dipendere la tutela dei diritti fondamentali delle comunità indigene dal riconoscimento di una "preesistenza etnica e culturale" dei popoli indigeni argentini. Solo in base al criterio della "preesistenza", infatti, è possibile presupporre una forma di vita organizzata in cui si applicano norme e istituti consuetudinari indigeni, tra i quali la proprietà comunitaria della terra. Il rischio è che il diritto consuetudinario indigeno possa essere considerato solo come un prodotto culturale, rendendo superfluo enumerare tutti i diritti fondamentali garantiti ai popoli indigeni²⁴⁵.

La revisione costituzionale del 1994 ha incentivato l'adozione di leggi di protezione e promozione dei diritti dei popoli indigeni in diversi campi. La legge n.24375/1994 (*Ley de aprobación del convenio sobre la diversidad biológica*) ha tutelato le conoscenze e la cultura indigena, anche ai fini commerciali, nel campo della divulgazione paramedica e scientifica e nell'ambito dell'alimentazione (art.8,

²⁴⁵ V. Cabedo Mallol, op.cit., p. 257.

lett.J, legge cit.). Le leggi n.24544/1995 (*Ley de aprobación de la constitución del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe*), n.24956/1998 (*Ley de incorporación de la tematica de autoidentificación de identidad y pertenencia a comunidades aborígenes al censo nacional de población y vivienda del año 2000*) e il decreto del Ministero di Giustizia e dei Diritti Umani n.1086/2005 (*Plan nacional contra la discriminación*) hanno promosso progetti di autosviluppo e di autoidentificazione indigena, nonché politiche nazionali anti-discriminatorie nei confronti delle comunità indigene. La legge n.26331/2007 (*Ley de protección ambiental de los bosques nativos*) ha ammesso una tutela ambientale specifica per le terre ancestrali degli indigeni, facendo valere il loro legame con la terra e l'ambiente in cui vivono. La legge n.26206/2009 (*Ley de educación*) ha contemplato un sistema educativo rispettoso della cultura e delle lingue indigene. Inoltre, dal 2006, nuove garanzie sono state previste dalle legislazioni e dagli statuti provinciali²⁴⁶.

Per quanto concerne il diritto alla proprietà comunitaria della terra indigena, tutelato formalmente dalla Costituzione, la legge n.26160/2006 (*Ley de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de comunidades indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistente*) si è occupata delle terre indigene considerate "in situazione di emergenza", così da avviare una distribuzione più celere ed efficace alle comunità indigene reclamanti, anche se soddisfatte solo a distanza di anni. Il decreto del Ministero di Giustizia e dei Diritti Umani n.700/2010 (*Creación de la Comisión de Analisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena*), invece, ha creato una commissione, con il compito specifico di programmare e realizzare il rilevamento delle terre ancestrali e di promuovere iniziative per uniformare il regime giuridico di tutte le terre indigene. Di fatto, questo decreto dovrebbe rendere effettiva la clausola costituzionale dell'art.75, inc.17, anche se, tuttora, soffre di un *deficit* di applicazione.

²⁴⁶ M. Rosti, *L'esperienza normativa dei Paesi del MER.CO.SUR.*, op.cit., pp. 197-198-199.

Di recente, con l'elaborazione del nuovo Codice Civile e Commerciale argentino, si attendeva un cambiamento nella tutela effettiva della proprietà comunitaria indigena. Infatti, il progetto di legge presentato nel 2012 conteneva un esplicito riferimento alla proprietà comunitaria indigena, concepita come un *tertium genus* di proprietà accanto a quella di beni privati e di beni pubblici. Così, gli artt. 2029-2036 del progetto del Codice Civile contemplavano il diritto di proprietà comunitaria dei popoli indigeni (art.2029), la rappresentanza legale delle comunità indigene (art.2030), i modi di costituzione della proprietà comunitaria indigena (art.2031), le sue caratteristiche e peculiarità (art.2032), le facoltà e i divieti connessi (artt.2033-2034) e le disposizioni relative alle risorse naturali presenti nelle terre comunitarie indigene (art.2035). Queste disposizioni presenti nella bozza originaria non sono, però, state incluse nel testo definitivo del Codice Civile e Commerciale (*Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*), approvato con legge n.26994/2014. L'attuale Codice, in vigore dal primo gennaio 2016, non contiene alcuna disposizione relativa alla proprietà comunitaria indigena: il nuovo art.1887 non contempla la proprietà comunitaria della terra come diritto reale, ricalcando il vecchio art.2311 del Codice Civile del 1869 ("*Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda*").

2.4 L'evoluzione del diritto alla proprietà comunitaria indigena nella giurisprudenza della Corte Suprema

La tutela del diritto alle terre indigene in Argentina appare, tuttora, molto precaria. Le norme costituzionali contemplano una tutela formale molto articolata, che, però, non è mai stata resa effettiva. La legislazione ordinaria, malgrado la sua proliferazione, rimane a sua volta ancora carente di attuazione, a causa di una scarsa sensibilità dell'esecutivo. Anche il nuovo Codice Civile e del Commercio,

approvato nel 2014, non contiene alcun riferimento alla proprietà comunitaria indigena e ai beni comuni, malgrado la bozza originaria li contemplasse. L'unica garanzia sembra, oggi, provenire dall'attività dei tribunali. La giurisprudenza argentina odierna e, in particolare, quella della Corte Suprema, ha tentato di colmare questo *deficit* del diritto interno, intervenendo, spesso, a favore di una maggiore tutela della terra indigena.

Infatti, vi sono stati numerosi ricorsi per *amparo* nei confronti di pubblici poteri, presentati dalle comunità indigene, che si sono rivelati un ottimo strumento di *judicial review* per la difesa della supremazia costituzionale²⁴⁷. Ciò ha portato la Corte Suprema di Giustizia (*Corte de Justicia Suprema*) a intervenire, applicando criteri interpretativi particolarmente sensibili all'evoluzione della protezione dei diritti umani. La Corte, nelle sue pronunce, ha svolto una "lettura costituzionalmente orientata" dei diritti terrieri dei popoli indigeni, richiamandosi alla tutela contemplata dall'art.75 inc.17 della Costituzione, secondo il quale le terre indigene non possono essere oggetto di alienazione o esproprio, perché classificate come "terre ancestrali" e, quindi, fuori dal regime dei diritti reali. Si tratta, secondo la Corte, di una tutela costituzionale che deve essere garantita in ogni occasione, al di là dei diritti proprietari e dei vantaggi economici eventualmente contemplati²⁴⁸.

In questo senso, per esempio, la Corte si è espressa nel ricorso per *amparo* *Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi vs. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable* (sentenza n.325: 1744 dell'11 luglio 2002). In questo caso, infatti, il governo aveva operato, con certificato emesso dalla *Secretaría de Medio Ambiente* n.368 del 23 giugno 1996 e con la sua attuazione

²⁴⁷ L. Frosina, *L'acción de amparo nell'esperienza costituzionale argentina*, in *Federalismi.it*, 19.12.2014, pp. 8-9. Il sistema di controllo di costituzionalità in Argentina è un ibrido tra il modello nordamericano e quello europeo-kelseniano e si sviluppa in un controllo diffuso e successivo alla norma da disapplicare, operato dai giudici ordinari e dalla Corte Suprema, ma parziale, cioè solo con effetti *inter partes* per le sentenze dei giudici ordinari ed *erga omnes* per quelle della Corte Suprema. Per un approfondimento sul controllo di costituzionalità nei Paesi latino-americani, si rinvia a: L. Mezzetti, *America Latina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, op.cit., pp. 467-513.

²⁴⁸ M. Rosti, *Reparations for Indigenous Peoples in Two Selected Latin American Countries*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press 2008, pp. 345-362.

del 30 novembre 1999, delle modifiche ambientali nel territorio ancestrale della comunità indigena *Wichi Hoktek T'Oi*, senza il preventivo consenso di quest'ultima e, pertanto, violando la norma costituzionale che ne prevedeva l'obbligatorietà. La Corte Suprema ha dichiarato la nullità degli atti amministrativi per la violazione dell'art.75 inc.17 della Costituzione, nella mancata consultazione con gli indigeni e nel mancato rispetto della tutela ambientale indigena.

Un esito simile si è avuto nella pronuncia successiva al ricorso per *amparo Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat vs. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta* (sentenza n.327: 2309 del 27 settembre 2005). Con essa, la Corte ha riconosciuto la responsabilità della Provincia di Salta per aver negato a ben 45 comunità indigene, raggruppate nell'associazione ricorrente, il possesso delle terre ancestrali, lo sfruttamento delle risorse e la costruzione di strutture, in assenza di tempestiva notifica di occupazione. La Corte, tramite una lettura costituzionalmente orientata e operando un bilanciamento di valori costituzionali, ha condannato la Provincia per aver interpretato la normativa di riferimento sui termini di notifica in modo restrittivo, tale da ledere diritti umani riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. La Provincia sarebbe stata obbligata, pertanto, a rispettare l'occupazione da parte delle comunità indigene, il cui obiettivo principale era l'autonoma acquisizione, con titolo unico, della proprietà comunitaria indivisibile delle terre, così come stabilito dall'art.75 inc.17 della Costituzione²⁴⁹.

In modo analogo, la Corte si è pronunciata nella causa *Provincia de Chubut vs. Fermín Mauricio* (sentenza n.331: 1664 del 22 luglio 2008), relativa a una denuncia per usurpazione della proprietà a carico di una famiglia indigena *mapuche*, entrata clandestinamente in un lotto di terreno di cui rivendicava il possesso "immemore". Ancora una volta, la Corte Suprema, tramite un bilanciamento di diritti costituzionali, ha ravvisato nel comportamento del governo provinciale e nella sua denuncia contro la famiglia indigena una

²⁴⁹ V. Bazán, *La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 13, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, pp. 33-88. Il testo della sentenza è rivenibile all'indirizzo indigenas.bioetica.org e csjn.gov.ar.

violazione di diritti garantiti dalla Costituzione e, in particolare, del diritto di proprietà comunitaria sulle terre indigene e del diritto a una ragionevole durata del processo²⁵⁰.

La Corte si è espressa a sostegno della parte più debole ed esposta alle ingerenze dell'autorità pubblica, applicando il principio *pro homine* (o *favor rei*), anche nel ricorso per *amparo Salas Dino y otros vs. Provincia de Salta y Estado Nacional* (sentenza n.1144 : XLIV del 29 dicembre 2008 e del 14 settembre 2010). Nel caso in questione, la Corte è intervenuta relativamente a un provvedimento provinciale, che distribuiva i boschi dei nativi arbitrariamente e ledendo i diritti degli indigeni. Con un decreto del 26.03.2009, preliminare alla pronuncia definitiva, la Corte ha disposto, inoltre, misure cautelari riparatorie a favore della comunità indigena in modo da ripristinare l'ambiente *quo ante*²⁵¹.

La Corte ha allargato maggiormente il parametro interpretativo di tutela dei diritti dei popoli indigeni, accogliendo direttamente i principi derivanti dal diritto internazionale, anche pattizio (vedi la Convenzione OIL 169/1989), e dalle sentenze della Corte interamericana dei diritti umani. Così, intervenendo in modo rivoluzionario nel ricorso per *amparo Comunidad Indígena Eben Ezer vs. Provincia de Salta y Ministerio de Empleo y de la Producción* (sentenza n.321: 2119 del 30 settembre 2008), si è richiamata espressamente alla sentenza della Corte interamericana *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Corte Interamericana, Serie C n.125 e 142 del 17 giugno 2005). Secondo la Corte Suprema argentina, nel caso specifico, era stato violato anzitutto un diritto garantito dalla Costituzione (il diritto alla terra delle comunità indigene). L'assenza di regolamentazione non avrebbe potuto costituire un ostacolo per ripristinare, in forma immediata, la tutela costituzionale violata (*considerato 2*). La Corte interamericana, infatti, nella sentenza *Yakye Axa*, aveva già evidenziato come la cultura delle comunità indigene si caratterizzasse per una forma particolare di "interazione con il mondo naturale", che si esplica in una stretta

²⁵⁰ V. Bazán, op.cit. Il testo della sentenza è rivenibile all'indirizzo indigenas.bioetica.org e csjn.gov.ar.

²⁵¹ V. Bazán, op.cit. J.A. Esain, *Breve reseña de la jurisprudencia histórica en el derecho ambiental argentino*, rinvenibile online all'indirizzo farn.org.ar, pp. 81-86.

relazione con la terra madre, elemento integrante della cosmovisione indigena e dell'identità culturale. Per cui, la garanzia del diritto alla proprietà comunitaria dei popoli indigeni deve necessariamente prendere in considerazione la stretta relazione tra terra, cultura e identità indigene. La terra indigena, di conseguenza, è parte di un patrimonio immateriale, trasmesso di generazione in generazione (*considerato* 3). La Corte Suprema argentina si richiama, quindi, alla giurisprudenza interamericana, visto che assicura una tutela più estesa dei diritti umani. Si tratta, infatti, di valori comuni, che devono essere legittimamente protetti, stabilendo anche procedimenti adeguati per far fronte, nel sistema nazionale, alle rivendicazioni indigene, secondo quanto previsto dalla Convenzione 169/1989, di cui l'Argentina è firmataria²⁵².

L'ispirazione internazionalistica della giurisprudenza della Corte Suprema trova conferma nella sentenza del 3 novembre 2014, nel caso *Leiva José Eleuterio, Leiva Hugo Alberto, Leiva Valentina Beatriz y Leiva Alicia Rosana s/ acción de amparo*. Intervenuta in un giudizio di *amparo* costituzionale, sollevato relativamente alla violazione dell'art.75 della Costituzione federale e dell'art.37 della Costituzione provinciale del Chaco contro atti lesivi della proprietà comunitaria indigena (compravendita di lotti di terreno appartenenti a una riserva), la Corte ha espressamente difeso la proprietà comunitaria indigena come "diritto reale di regime di ordine pubblico". Essa ha precisato, inoltre, che la materia della proprietà comunitaria della terra indigena e la sua protezione si riferiscono in modo esplicito al disposto costituzionale contenuto all'art.75, inc.17 e inc.22, oltre che alle garanzie derivanti dal diritto internazionale pattizio (Convenzione OIL 169/1989, Dichiarazione dell'ONU sui Diritti dei Popoli Indigeni 2007, Convenzione di Rio su Ambiente e Sviluppo 1992 e Convenzione di Nairobi sulla Diversità Biologica 1992).

L'inserimento nell'ordinamento giuridico argentino dei diritti indigeni e, in particolar modo, dei diritti riguardanti la proprietà comunitaria della terra costituisce "un istituto nuovo nell'ambito dei diritti reali", la cui disciplina è, quindi, riletta alla luce del diritto internazionale. Non si tratta, dunque, di un

²⁵² V. Bazán, *Il riconoscimento del diritto dei popoli indigeni in Argentina*, op.cit., p. 154.

istituto extra-giuridico, basato semplicemente sul principio astratto dell'ancestralità e della consuetudine indigene, ma di un nuovo modo di concepire la disciplina dei diritti reali²⁵³.

Seguendo la giurisprudenza della Corte Suprema e dando una lettura "costituzionalmente orientata", anche la giurisdizione ordinaria ha continuato ad affermare, in diversi casi, il principio dell'ancestralità delle terre indigene, che le collocherebbe al di fuori del regime dei beni reali. Così, è intervenuto lo *Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral*, con sentenza del 18 settembre 2014 (*Comunidad Mapuche - L.R. y S.C. c/ C.R., I.F. y Otros s/ Acción de nulidad*), che, in un caso di contratto di permuta, sottoscritto da alcuni rappresentanti di comunità indigena *mapuche*, riprende in modo perentorio i principi sanciti dalla Costituzione. Nel dichiarare nullo il contratto di permuta e, in generale, qualsiasi contratto dispositivo di parti di terra indigena, il tribunale civile di primo grado ha affermato che la proprietà comunitaria di diritto indigeno rappresenta un diritto reale autonomo, di indubbio contenuto patrimoniale, ma di regime giuridico di ordine pubblico. La comunità indigena *mapuche* sarebbe legittimata, perciò, ad agire in giudizio in base al disposto costituzionale (art.75 inc.17) per la difesa dei propri diritti e interessi legittimi e della loro gestione²⁵⁴.

2.5 Il caso del popolo *mapuche*

Particolarmente complessa risulta, oggi, la restituzione delle terre originarie alle comunità indigene. Infatti, diversamente da quanto garantito dalle disposizioni costituzionali e dalla legislazione ordinaria, è spesso impossibile assegnare le terre reclamate. Il più delle volte, esse rientrano nel patrimonio personale di terzi privati o di società, che le hanno acquisite legittimamente in tempi remoti (alcune acquisizioni sono addirittura del XIX secolo). Al termine della conquista del *desierto*, ad esempio, il governo della federazione garantiva

²⁵³ L.A. Nocera, *Ultimi orientamenti giurisprudenziali in Argentina sul diritto alla terra delle popolazioni indigene*, DPCE online, 3/2015, pp. 3-4.

²⁵⁴ Idem, p.2.

una distribuzione delle terre requisite agli indigeni a coloro che avevano partecipato alla colonizzazione delle terre patagoniche e fuegine, che, quindi, avevano acquisito, secondo il diritto di quel periodo, la signoria su tali terreni. Tali terre, col tempo, sono state acquistate da terzi o sono rientrate nel patrimonio nazionale e, poi, nuovamente alienate a compagnie e società nazionali o partecipate statali, oppure inglobate nel patrimonio di grandi *holding* internazionali. Spossare questi ultimi proprietari per garantire la proprietà comunitaria indigena contrasta con la protezione del diritto di proprietà, tutelato a livello costituzionale. Per soddisfare le legittime pretese degli indigeni, si potrebbe ricorrere a terre alternative, ma non sempre il governo ne ha la disponibilità. La crisi economica degli ultimi anni impone al governo federale una politica economica in grado di risanare gli ingenti danni al patrimonio nazionale e di riportare il Paese alla competitività produttiva e industriale a livello internazionale. Quest'atteggiamento si pone in contrasto con la politica delle restituzioni, di cui la norma costituzionale è garante, e porta a non attuare la tutela dei popoli indigeni.

Diversi dissidi, talvolta difficilmente sanabili, si sono aperti tra le comunità indigene e le autorità provinciali e federali. Le assegnazioni terriere si sono limitate, il più delle volte, a terre aride o scarsamente ricche di risorse e, soprattutto, non sono state sempre coincidenti con le terre reclamate dalle comunità indigene²⁵⁵. Particolarmente noto, a questo proposito, è diventato il caso del popolo *mapuche*, che, negli ultimi anni, si è contrapposto, anche facendo ricorso ad atti eclatanti, alle autorità nazionali al fine di conseguire la *recuperación* delle terre storiche. I *mapuche* (il cui nome, in lingua *mapusungun*, significa "popolo della terra") sono un'etnia indigena che, da tempo immemore, abita l'Araucania, zona patagonica al confine tra Cile e Argentina. Essi vivono, tuttora, in villaggi organizzati in *clan* familiari con una struttura gerarchica e amministrativa orizzontale. Di fatto, i *mapuche* sono rimasti un'etnia indipendente sia durante l'impero *inca*, sia durante il dominio spagnolo, sotto il quale era stato sancito un patto di amicizia nel 1631. Solo la drammatica espansione degli Stati

²⁵⁵ M. Soane, *Argentina: Paese dei paradossi*, Laterza, Roma 2004.

indipendenti, Argentina e Cile, ha determinato la progressiva sconfitta dei *mapuche*, costretti ad abbandonare le proprie terre ancestrali nel 1881, esiliati in *reducciones* di Stato o emigrati nelle città. Da allora, le terre patagoniche sono state divise tra autorità provinciali e investitori privati o, qualche volta, sono rientrate nel patrimonio della federazione, che ne ha disposto a diverso titolo²⁵⁶.

Una vasta zona di queste terre, nell'attuale Provincia di Chubut, è stata concessa, nel 1896, in dono dal Presidente Uruburu a dieci proprietari inglesi, soci fondatori della *Argentine Southern Land Company LTD*, per meriti particolari durante la conquista del *desierto*. La compagnia di estrazione e sfruttamento delle risorse inglese è passata, col tempo, in mano a investitori argentini ed è stata nazionalizzata nel 1982, cambiando nome in *Compañía de Tierras de Sur Argentino S.A. (CTSA)*. Nel 1991 la *Benetton Holding* ha acquistato 90.000 ettari di terreno dalla *CTSA* per impiantarvi industrie agro-alimentari. Nell'agosto 2002, individuata la propria terra ancestrale in un podere di 385 ettari (*Santa Rosa*), riconosciuto dall'IAC (Istituto Autarchico di Colonizzazione e Sviluppo Rurale) come spazio pubblico abbandonato, Atilio Curiñanco e Rosa Rúa Nahuelquir, dell'etnia *mapuche*, hanno presentato domanda al commissariato di Esquel per l'acquisizione della propria terra originaria, procedendo alla sua immediata occupazione. Pochi giorni dopo, a seguito di una denuncia della *CTSA* e della *Benetton Holding*, è stato aperto contro la famiglia *mapuche* un fascicolo per il reato di usurpazione, al quale è seguito, nell'ottobre dello stesso anno, lo sgombero forzato e la distruzione o il sequestro dei beni lasciati (*Nahuelquir Rosa Sara y Curiñanco Atilio, usurpación Compañía Tierras del Sur Argentina*, caso n.159-159-03). Il caso ha suscitato clamore a livello internazionale, facendo emergere le problematiche del popolo *mapuche* relativamente alla restituzione delle proprie terre ancestrali. Sulla lite, è intervenuto anche il Premio Nobel per la Pace Adolfo Pérez Esquivel, che, con lettera aperta alla multinazionale *Benetton* del 13 luglio 2004, ha difeso le posizioni delle comunità indigene, collegando la loro sopravvivenza culturale allo stretto legame esistente con la terra madre, la *Pachamama*. Esquivel ha sottolineato, con la domanda ad effetto "*Chi ha*

²⁵⁶ M. Ferreira, E. Lolli, *Mapu Terra*, Terre di Mezzo, Milano 2008.

comprato la terra a Dio?", la legittimità della famiglia indigena *mapuche* di occupare quel lotto di terra in quanto terra ancestrale, della quale poteva rivendicare il "possesso immemore e storico" a prescindere da qualsiasi titolo proprietario e della quale era stata spogliata con la violenza dall'espansione argentina²⁵⁷. La multinazionale, dopo una prima opposizione a restituire le terre alle comunità indigene e il rifiuto a ritirare la denuncia per usurpazione, vantando la logica di mercato come sovrana su qualsiasi altro rapporto, ha offerto 2.500 ettari di terra, non corrispondenti al lotto rivendicato, alle famiglie *mapuche*. Queste si sono rifiutate, rivendicando un possesso preesistente, che non aveva bisogno di essere legittimato da una donazione. Successivamente, la *holding* ha proposto una donazione alla Provincia di Chubut, che, a sua volta, ha rifiutato, per non entrare in conflitto con gli abitanti del luogo. Solo nel 2007, considerate illegittime le denunce della CTSA, la famiglia Nahuelquir-Curiñanco, insieme ad altri trenta elementi della comunità, è rientrata nei territori rivendicati. Tuttavia, si tratta ancora di una soluzione parziale: la comunità *mapuche* è tuttora soggetta a diverse denunce da parte delle imprese non solo per usurpazione, ma anche per danneggiamento e uso contrario al rispetto dell'ambiente.

Il contenzioso contro la multinazionale Benetton rappresenta una riviviscenza delle rivendicazioni terriere da parte *mapuche* nelle province patagoniche del Chubut, del Neuquén e di Río Negro, supportate da organizzazioni umanitarie. Diversi sono i procedimenti in corso che vedono protagonisti membri della comunità *mapuche*. In alcuni casi, i giudici si sono pronunciati in maniera favorevole alle comunità indigene, tramite un'interpretazione giurisprudenziale costituzionalmente orientata, che si pone l'obiettivo fondamentale di garantire la tutela dei diritti umani di rilevanza costituzionale. Così, è accaduto nei casi *Fermín Mauricio vs. Provincia de Chubut* (22 luglio 2008) e *Lof Casiano vs. Provincia de Río Negro* (15 luglio 2008), nei quali è stata legittimata l'usurpazione dei terreni da parte della comunità indigena *mapuche*, in risposta a una precedente violazione del diritto alla terra ancestrale.

²⁵⁷ Il testo della lettera è rinvenibile, anche in traduzione italiana, all'indirizzo www.mapuchenation.org. La lettera è stata pubblicata su *La Repubblica* in data 19.07.2004.

Similmente, nel caso *Confederación Indígena de Neuquén vs. Provincia de Neuquén* (2 giugno 2009) e nel successivo *Provincia de Neuquén vs. Estado Nacional s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza* (n.229, L.XLII, 14 aprile 2010), sono stati impugnati gli atti amministrativi lesivi del diritto alla proprietà comunitaria indigena sulle terre ancestrali.

Le pronunce dei giudici, però, non sono sempre state favorevoli ai popoli indigeni. Nel 2013, ad esempio, nella provincia di Neuquén, è stato avviato un procedimento contro la comunità indigena *Winkul Newen e Wiñoy Folil* per l'usurpazione di terreni, vicini alla città di Zapala, appartenenti a una compagnia di estrazione petrolifera. Tre leader indigeni sono imputati per lesioni aggravate, danneggiamento e tentato omicidio: nello specifico, si tratta di un lancio di sassi nei confronti dell'ufficiale giudiziario inviato dalla provincia per lo sgombero (*Relmú Ñamku, Martín Maliqueo, Mauricio Rain s/ 2013*). Inoltre, è ancora in corso il procedimento contro la comunità *mapuche* della Provincia di La Rioja, rinviata a giudizio nel 2015 per usurpazione del terreno. Infatti, erano scoppiate delle rivolte da parte della comunità indigena residente a causa dell'insediamento sul fiume Blanco, nel paese di Angulos, dell'impresa Midaish, attiva nell'estrazione aurifera, senza l'effettuazione preventiva di uno studio sull'impatto ambientale e sociale, come stabilito dalla Convenzione OIL 169/1989 e dalla Dichiarazione ONU del 2007. Dal medesimo terreno, su iniziativa della comunità indigena, erano già state espulse, tra il 2006 e il 2014, le imprese minerarie Barrick Gold, Shandon Gold e Osisko per insostenibilità socio-ambientale e violazione dei diritti umani dei popoli indigeni e del diritto dell'ambiente, tra cui il previo consenso e la valutazione socio-ambientale. Il governo attuale della Provincia, però, ha abrogato di recente la legge che bloccava l'attività mineraria nel territorio provinciale, per incentivarne lo sviluppo economico.

Tuttora, si segnalano continuamente violazioni nei confronti dei popoli indigeni sia da parte del governo federale, sia da parte dei governi provinciali. Le ultime richieste del popolo *mapuche* al governo di Buenos Aires non sono state

prese in considerazione o sono state rinviate *sine die*²⁵⁸.

3. Il riconoscimento giuridico dei diritti degli indigeni e la restituzione delle terre ancestrali negli altri Stati latino-americani

Tutti gli ordinamenti giuridici dell'America latina hanno affrontato la questione della restituzione delle terre indigene e hanno ampliato la tutela dei diritti dei popoli indigeni, così come contemplato dal diritto internazionale. Alcuni ordinamenti non si sono limitati solo a riconoscere giuridicamente i diritti delle comunità native, ma hanno anche promosso lo sviluppo del diritto consuetudinario indigeno, in quanto fonte del diritto nazionale, rendendo, in questo modo, effettiva la teoria del *nuevo constitucionalismo*. Così, la Costituzione del *Nicaragua* del 1987, riformata nel 1995 (artt. 3, 5, 89-91), la Costituzione della *Colombia* del 1991, riformata recentemente nel 2005 (artt. 7-10) e la Costituzione del *Guatemala* del 1993 (artt. 66-70) hanno accolto il principio del pluralismo etnico e culturale. Le carte costituzionali di questi Paesi contengono una vera e propria *Magna Charta* dei diritti dei popoli indigeni nella parte relativa ai principi generali della Costituzione e, precisamente, tra le garanzie individuali e quelle della persona²⁵⁹.

La Costituzione della *Bolivia* del 2009 ha accolto i principi del costituzionalismo indigeno ed "ecologico" odierno, dando impulso al cosiddetto *costituzionalismo andino*. Già nel 1995, dopo una fase di transizione democratica iniziata nel 1982, era stata approvata una Costituzione che tutelava i diritti delle comunità indigene (art.172 par.III). Tuttavia, l'instabilità politica e i problemi economici, coincidenti con le elezioni di Hugo Bánzer e di Jorge Quiroga, hanno generato tensioni sociali, culminate nel 2000 con la rivolta indigena della *Cochabamba*, località boliviana dove il Governo aveva deciso di privatizzare la

²⁵⁸ Si rinvia ai rapporti annuali dell'Osservatorio dei Diritti Umani dei Popoli Indigeni, pubblicati sul sito odhpi.org, e ai *report* dell'associazione IWGIA, consultabili al sito iwgia.org.

²⁵⁹ M. Carbonnel, J. Carpizo, D. Zovatto (a cura di), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamerica*, Messico 2009.

concessione di acqua per garantirne la gestione e la distribuzione esclusiva alla multinazionale statunitense Bechtel, società partecipata del gruppo Edison. Un comitato composto da popolazione indigena e *campesina*, la *Coordinadora de defensa del agua y la vida*, ha reclamato la gestione comunitaria della distribuzione dell'acqua in quanto bene comune (*common*), rivendicando l'applicazione della consuetudine giuridica indigena. Le rivolte, che hanno inizialmente assunto le caratteristiche di una vera e propria guerriglia urbana, si sono presto estese al resto del territorio, decretando la vittoria indigena²⁶⁰. L'elezione alla Presidenza della Repubblica dell'ex sindacalista Evo Morales, primo indigeno a ricoprire tale carica nella storia boliviana, ha segnato un cambiamento radicale per il Paese²⁶¹. Il primo obiettivo di Morales è stato patrocinare la stesura di una nuova Costituzione, più aperta agli interessi di tutte le componenti sociali. Tra esse, un'attenzione particolare è stata rivolta alle comunità indigene, il cui ruolo è stato determinante proprio in fase costituente, connotando la particolare caratteristica "indigena" della nuova carta costituzionale boliviana²⁶². La Costituzione mette in evidenza la cosmovisione indigena della terra e delle sue risorse, che fa capo a un diritto preesistente a quello dei coloni, e introduce il criterio "plurinazionale" e "pluriculturale", diverso dal multiculturalismo, come principio costituzionale, in quanto rimanda all'effettiva esistenza di etnie e di culture differenti, includendo anche il concetto di irripetibilità e di non componibilità di ciascuna cultura, nonché il diritto a una propria autonomia culturale²⁶³. In tal senso, il Preambolo alla Costituzione

²⁶⁰ O. Olivera e T. Lewis, *Cochabamba! Water war in Bolivia*, South End Press, Cambridge 2004. Per un ulteriore approfondimento su altre rivoluzioni dell'acqua in America latina, che hanno preso spunto dalla rivolta indigena della Cochabamba, si rinvia a: L. Mezzetti, *Il diritto dell'acqua negli ordinamenti dei Paesi latinoamericani: evoluzioni recenti e prospettive*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II; C. Santos e A. Villareal, *Uruguay: la vittoria delle lotte sociali per l'acqua*, in A. De Sanctis (a cura di), *Acqua: per un modello pubblico di gestione. Successi, lotte e sogni*, Teramo 2006.

²⁶¹ J. Dunkerley, *Evo Morales. The two Bolivias and the third Bolivian revolution*, in *Journal of Latin American Studies*, 39/1, 2007, pp. 133-166.

²⁶² C. Storini e A. Noguera, *Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2008/II; C. Romero, *El proceso constituyente boliviano. El hito de la cuarta marcha de tierras bajas*, CEJIS, Santa Cruz 2005.

²⁶³ C. Proner, *El Estado plurinacional y la Nueva Constitución Boliviana*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II; R. Avila Ortiz, *Bolivia: la apuesta por el Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario*, in M. Carbonnel, J. Carpizo, D. Zovatto (a cura di), op.cit.

definisce lo Stato boliviano come un "*Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*" e presenta il popolo boliviano come una *composición plural*, che trae le proprie origini dall'indipendenza, dalle rivolte indigene e dalle sollevazioni popolari per l'acqua e il territorio, fondando uno Stato basato sul rispetto dei principi di dignità, solidarietà, complementarietà, armonia e distribuzione e dominato dalla finalità collettiva del *vivir bien*. A testimone del mandato "plurinazionale" dell'Assemblea Costituente lo stesso Preambolo richiama il principio indigeno della *Pachamama*, terra madre di tutte le popolazioni abitanti il territorio boliviano. Pertanto, la nuova Costituzione boliviana del 2009 riconosce l'autodeterminazione dei popoli indigeni originari e, quindi, il diritto all'autonomia, all'autogoverno interno, alla cultura, ma anche alle istituzioni e alle entità territoriali (art.2: "*Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y a la ley*"). Per "popolo indigeno" la Costituzione intende quei gruppi sociali che fanno riferimento a un'identità culturale, linguistica e territoriale anteriore nel tempo alla colonizzazione spagnola (art.30 par.I: "*Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española*"). La giurisdizione indigena è contemplata solo nei limiti dettati dalle leggi e dalle norme costituzionali e nel rispetto dei diritti umani (art.190 par.II: "*La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución*"). Sono riconosciuti e garantiti, quindi, non solo i diritti individuali, ma anche quelli collettivi dei popoli indigeni e, tra questi, la titolarità collettiva della terra originaria. Secondo la consuetudine indigena della gestione comunitaria, è garantito l'accesso, a titolo gratuito, a tutte le risorse non rinnovabili, che devono essere gestite

autonomamente dalle singole comunità indigene residenti. Queste devono essere preventivamente consultate per tutte le decisioni che le riguardano, oltre che partecipare dei benefici e degli utili ricavabili (art.30 par.II)²⁶⁴. Anche la legislazione ordinaria è stata adeguata alla nuova visione d'ispirazione indigena: le risorse agrarie sono regolamentate da comunità rurali che agiscono come una persona collettiva (art.72 Codice Civile).

Un altro caso piuttosto singolare ed estremamente innovativo riguarda la Costituzione dell'*Ecuador*. La revisione costituzionale del 2007 ha modificato interamente il Preambolo della Costituzione, diventato oggi quasi un "manifesto" del pluralismo giuridico e culturale latino-americano. Si è trattato, però, di una modifica integrale di tutto il testo costituzionale, avvenuta tramite un procedimento graduale nel tempo, che si è basato sull'obiettivo specifico di riconoscere le nazioni indigene come entità storiche e politiche con una propria identità, una propria cultura e forme tradizionali di organizzazione. Il Preambolo stesso, infatti, invoca il concetto antropologico indigeno della *Pachamama*, ma anche del *buen vivir*, e afferma la volontà di costruire un Paese basato sul principio di vita armonica con la natura tipico della cultura indigena, sulla solidarietà e sulla diversità culturale di tutti i popoli abitanti il territorio nazionale ("*[...] Decidimos construir: una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, pare alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana [...], la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; [...]*"). Le istituzioni dello Stato, pertanto, tendono ad essere "interculturalizzate", favorendo, al contempo, la partecipazione del popolo nei diversi livelli di gestione e la coesistenza pacifica tra le diverse comunità²⁶⁵. La Costituzione dell'Ecuador, infatti, definisce lo Stato come pluriculturale e multi-etnico, plurinazionale, ma unitario, per evitare frammentazioni nel territorio

²⁶⁴ L. Ossio, *Problemi e prospettive normative dei diritti indigeni in Bolivia*, in S. Lanni (a cura di), op.cit., pp. 224-243.

²⁶⁵ F. García Serrano, *La situazione giuridica dei popoli indigeni nella nuova costituzione ecuadoriana*, in S. Lanni (a cura di), op.cit., pp. 290-291.

nazionale con la creazione di *naciones indias* (art.1 comma I: "*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. [...]*"). I diritti dei popoli indigeni sono tutelati sia individualmente che collettivamente (artt. 56-60). Inoltre, sono garantiti il decentramento e l'amministrazione territoriale indigena (artt. 1, 4, 57) e la giurisdizione indigena (art.171). Assumono, inoltre, rango costituzionale i concetti indigeni del *bien vivir* e del *Sumak Kawsay*, che individuano un benessere collettivo, basato su nuove prospettive di organizzazione distanti dal capitalismo occidentale (artt. 10, 71-74, 275-277). La natura è ritenuta soggetto di diritto, suscettibile di riparazione, secondo le consuetudini e le culture indigene (artt. 57, 383-388), mentre la giurisdizione indigena è accolta e coordinata con la giurisdizione ordinaria (artt. 57 e 171)²⁶⁶. Di fatto, si tratta ancora di una revisione costituzionale senza risultati tangibili: mancano legislazioni attuative adeguate a livello nazionale e sono ancora riscontrabili numerose lacune relativamente alle restituzioni delle terre indigene. Tuttora, sono stati riconosciuti pochi titoli di proprietà comunitaria ai gruppi indigeni, solo limitatamente ad alcune popolazioni amazzoniche. Per quanto riguarda altri territori, invece, sono state, al momento, individuate aree protette, assegnate agli indigeni solo a titolo di usufrutto. Manca ancora un catasto, che contenga un elenco delle terre indigene e ciò rischia di far moltiplicare i titoli falsi. Le risorse naturali strategiche sono prevalentemente di proprietà statale. Oggi, sono al vaglio diverse riforme per rendere effettiva la proprietà indigena: così, il *Proyecto de desarrollo de los pueblos indígenas y afroecuatorianos por el sviluppo sostenible*, la *Ley de ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas*, la *Ley orgánica de las instituciones públicas de las nacionalidades y pueblos del Ecuador*.

In **Perù**, il principio dell'etno-centrismo è stato accolto ancora prima della teorizzazione del neo-costituzionalismo latino-americano. Già nel XIX secolo, lo Stato peruviano, diretto discendente dell'impero Inca e, quindi, "protettore" delle diversità etniche, privilegiava la continuità storica delle terre indigene, a scapito

²⁶⁶ L. Gutiérrez, op.cit.

dei titoli di proprietà privata, e la gestione collettiva da parte delle comunità, di contro all'economia capitalista (*Código de Santa Cruz* e *Ley de Amazonía* del 24 maggio 1845). Tuttavia, i continui regimi autoritari e militari del XX secolo hanno spogliato il Perù di quel legame storico con le istituzioni indigene. Anche se la Costituzione del 1920 aveva assicurato la protezione statale sulle terre indigene e il *Registro de Comunidades Indígenas* del 1926 aveva iscritto tutte le terre gestite autonomamente dagli indigeni, non era garantito alcun intervento statale per rendere effettiva la tutela costituzionale. Di fatto, le terre indigene erano continuamente alienate a terzi o fatte oggetto di investimenti esteri. Solo negli anni '70, è stata approvata una riforma agraria che aveva come base la consuetudine giuridica indigena nella gestione comunitaria della terra originaria (legge n.20653/1974 o *Ley de comunidades nativas y de promoción agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva*). Questo ha fatto sì che la Costituzione del 1979, prima di tutti gli altri testi costituzionali latino-americani, riconoscesse espressamente la personalità giuridica delle comunità indigene e la loro autonomia di organizzazione e gestione economica e lavorativa. Così, anche la legislazione ordinaria ha promosso la tutela dell'ambiente indigeno e dello sviluppo agrario delle comunità (decreto legislativo n.2/1980 o *Ley de promoción y desarrollo agrario*, legge n.24994/1989 o *Ley de bases para el desarrollo rural de la Amazonía Peruana*, legge 7 settembre 1990 o *Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*). Negli anni '90, l'autogolpe di Fujimori ha riportato il Paese all'autoritarismo e, al contempo, ha virato verso una politica economica maggiormente liberista, concentrata sull'importanza dei grandi latifondi terrieri e degli investimenti di capitale estero. Un esempio è dato dalla legge n.26505/1995 (*Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas de las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas*), che ha promosso la cosiddetta "accessione invertita" ai privati delle terre storicamente indigene, ma di fatto rientranti nella proprietà dello Stato. La Costituzione approvata nel 1993 ha, pertanto, garantito la partecipazione indigena nelle politiche ambientali dello Stato (art.17), ma senza assicurare la tutela dei diritti degli indigeni. La legislazione successiva alla destituzione di Fujimori ha tutelato,

invece, l'ambiente indigeno, la diversità biologica e le aree naturali, ma non ha definito la proprietà indigena delle terre storiche (legge n.26821/1997 o *Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales*; legge n. 26834/1997 o *Ley de áreas naturales protegidas*; legge n.26839/1997 o *Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica*). Tuttora, la situazione è piuttosto fragile politicamente: l'attuale presidente peruviano, Ollanta Humala Tasso, ex militare e con un passato in *Sendero Luminoso*, ha promosso riforme di "nazionalismo sociale", a metà strada tra socialdemocrazia e conservatorismo nazionalista. Fulcro principale delle riforme di Ollanta Humala Tasso è la gestione amministrativa ed economica da parte delle minoranze indigene e delle masse popolari. Così, è stata promulgata la legge n.29785/2011 (*Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios*), che si richiama alla Convenzione OIL n.169/1989 e tutela il diritto dei popoli indigeni a essere consultati per le questioni relative alle materie ambientali e territoriali. Non è chiaro, tuttavia, come queste riforme possano essere attuate nella vita politica del Paese²⁶⁷.

Particolarmente interessante è il caso del **Messico**, dove i diritti dei popoli indigeni sono stati recentemente riconosciuti a seguito di un lungo dialogo tra popolazioni autoctone e autorità statali, che ha portato a una revisione del testo costituzionale nel 2001 e nel 2011. Il nuovo art. 2 della Costituzione "*reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas*", rendendo la nazione messicana una nazione "plurale". Compito dello Stato è promuovere politiche atte a tutelare lo sviluppo e la protezione dei diritti degli indigeni e della consuetudine giuridica indigena (art.2 lett.A). Le comunità indigene, infatti, si sono trasformate in entità di diritto pubblico, titolari di diritti giuridici, e hanno la possibilità di applicare i propri sistemi normativi e la propria giurisdizione per i conflitti interni, laddove non in contrasto con i diritti umani e con i principi della Costituzione, nel rispetto della dignità e dell'integrità delle donne (art.2 lett.B par.fi I, V, IX). La consuetudine giuridica indigena, perciò, è la norma più efficace

²⁶⁷ J.F. Gálvez, *Lo sviluppo dei diritti indigeni in Perù*, in S. Lanni (a cura di), op.cit., pp. 245-269.

per dirimere le questioni relative alla proprietà e alla gestione delle risorse naturali²⁶⁸. Le comunità indigene sono riconosciute, con le loro istituzioni, idiomi e territori, attraverso una certificazione di autoidentificazione, redatta da ogni singola comunità e presentata alla pubblica amministrazione dello Stato centrale. È possibile, però, anche un procedimento inverso, denominato "sentiero di appartenenza", che coinvolge ogni singolo individuo, che è tenuto ad autocertificare la propria "appartenenza" a una specifica comunità indigena e, quindi, a riconoscere la propria identità indigena di fronte alle autorità statali (art. 27, par.VII). Inoltre, sono stati ridisegnati anche i distretti elettorali, al fine di considerare la componente etnica e la sua distribuzione sul territorio messicano (artt. 41 e 53)²⁶⁹. Sono, infine, molto frequenti le normative, anche a livello locale, che tendono a rendere effettiva la tutela dei diritti sociali e culturali indigeni. Ancora un po' carente risulta la legislazione in campo economico. Il Messico è uno dei Paesi latino-americani più attenti all'accoglimento delle decisioni della Corte interamericana sui diritti degli indigeni.

La **Repubblica di Panama** è un caso a sé nel panorama latino-americano, in quanto non ha una Costituzione particolarmente avanzata in materia di protezione dei diritti degli indigeni, ma può vantare una tutela indiretta derivante dalla legislazione speciale e dalle pronunce dei giudici. Nata come Stato indipendente solo nel 1903, dopo la secessione dallo stato colombiano, la Repubblica di Panama ha risentito per tutto il XX secolo del forte influsso statunitense. Solo nel 1999 gli Stati Uniti hanno ceduto l'ultima zona di sovranità sul Canale. La Costituzione panamense, redatta nel 1972, è stata quasi integralmente riformata nel 1983, prima dell'evoluzione del *nuevo constitucionalismo* latino-americano. Il problema delle terre indigene era affrontato solo con decreti esecutivi atti a risolvere esclusivamente delle situazioni specifiche: così, il decreto n.156/1971 (*Decreto de Gabinete el cual se establece fondo especial de compensación de*

²⁶⁸ J.A. González Galván, *I diritti indigeni in Messico dopo la riforma costituzionale del 2001*, in S. Lanni (a cura di), op.cit., pp. 397-437.

²⁶⁹ J.A. González Galván, *Los sistemas jurídicos indígenas y los derechos humanos. Paradojas en el discurso del movimiento indio en México*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 123, D.F., IIJ-UNAM, Mexico 2008, pp. 1191-1207.

ayuda para los indigenas del Bayano) istituiva un fondo economico per aiutare le comunità indigene del Bayano e compensarle per le perdite terriere subite. Il processo democratico, però, è stato sospeso negli anni '90, durante la dittatura militare di Noriega. La Costituzione, comunque, riconosce le entità indigene, in connessione al decentramento amministrativo: il territorio statale è diviso in nove *provincias* e tre *comarcas* indigene, con una limitata sovranità governativa (art.5). L'identità e la cultura indigene sono tutelate costituzionalmente (art.90). È garantita soltanto una limitatissima proprietà collettiva indigena sulle terre definite come "originarie" (art.124), laddove necessarie per la sopravvivenza e il benessere economico e sociale delle comunità (art.127). Infine, è timidamente introdotto il concetto di sostenibilità ambientale delle risorse nelle terre abitate dalle comunità indigene (art.119). Un'apertura maggiore è derivata dalla giurisprudenza della Corte Suprema, che, con sentenza del 24 settembre 1993, ha individuato l'esistenza di una "relazione intima" tra popolo indigeno e Terra Madre, meritevole di tutela da parte delle autorità statali. Recentemente, è stato avviato un procedimento speciale di assegnazione a titolo gratuito delle terre indigene. La legislazione ordinaria ha ampliato il parametro costituzionale, garantendo la partecipazione delle comunità indigene nei processi decisionali e amministrativi, nonché nella gestione della terra e delle risorse naturali. In questo senso sono orientati la legge n.24/1996 (*Ley per la cual se crea la comarca Kuna de Madugandi*), la legge n.41/1998 (*Ley general de ambiente de Panamá*), il decreto esecutivo n.305/2002 (*Decreto ejecutivo que establece el licenciamiento previo no automático, para reglamentar la importación de algunas sustancias químicas potencialmente peligrosas*), la legge n.72/2008 (*Ley que establece el procedimiento especial para la adjudicación de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas que non estan dentro de las comarcas*) e il decreto esecutivo n.687/2008 (*Decreto ejecutivo que implementa y desarrolla la educación bilingue intercultural en los pueblos y comunidades indígenas de Panamá con especial énfasis en la enseñanza de lectoescritura de la lengua materna y espiritualidad de los pueblos indígenas de Panamá*). La situazione è ancora in evoluzione, vista l'importanza strategica ed economica del Paese, che ha

favorito gli investimenti esteri, anche per ragioni di defiscalizzazione, fatto che non giova a una promozione dei diritti delle minoranze ctonie²⁷⁰.

In **Brasile** la questione indigena assume una connotazione particolare. Infatti, gli indigeni vivevano in condizioni di quasi schiavitù durante la colonizzazione portoghese ed erano sottoposti all'assimilazione forzata in epoca liberale²⁷¹. Una prima incrinatura a questo modello, però, è iniziata nel 1973 con l'approvazione dell'*Estatudo do Indio*, che ha contemplato, per la prima volta, i diritti collettivi dei popoli indigeni. Con la trasformazione dello Stato autoritario in democratico, è stata approvata la Costituzione del 1988, che ha accolto i principi del movimento indigenista. In essa, gli indigeni sono considerati parte integrante della popolazione, con una propria cultura e proprie istituzioni da preservare, aprendo, così, la strada agli altri percorsi del nuovo costituzionalismo latino-americano. La Costituzione brasiliana, tuttavia, non contiene un'elencazione specifica in appositi articoli dei diritti dei popoli indigeni, né reca un manifesto sulla preservazione della cultura indigena nel suo Preambolo, come, invece, accade per le Costituzioni boliviana ed ecuadoriana. È evidente, piuttosto, in tutta la carta costituzionale brasiliana, una precisa consapevolezza in merito alle istituzioni e alle consuetudini indigene, in quanto il diritto consuetudinario indigeno, avendo carattere originario, vanta una precedenza logica rispetto a qualsiasi altra fonte legislativa o atto amministrativo (art.225)²⁷². Inoltre, sono riconosciuti i diritti collettivi delle organizzazioni sociali, anche in ambito processuale e nella gestione territoriale. Tra queste, rientrano legittimamente le comunità indigene (artt.231-232). Si tratta di un modello basato sulle comunità sociali, che contempla i diritti collettivi di un gruppo come singoli diritti individuali. Come tali, sono compresi i diritti culturali, i diritti territoriali, ma anche diritti innovativi, quali il diritto alla socio-diversità o il diritto alla conservazione del bene nell'alterità, ricchezza aggiunta di derivazione culturale²⁷³.

²⁷⁰ A. Valiente López, *I diritti dei popoli indigeni nella legislazione panamense*, in S. Lanni (a cura di), op.cit., pp. 337-361.

²⁷¹ M. Carducci, *Brasile*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2008/III.

²⁷² C.F. Marés De Souza Filho, *I popoli indigeni e il diritto brasiliano*, in S. Lanni (a cura di), op.cit., pp. 169-194.

²⁷³ B. De Sousa Santos (a cura di), *Reconhecer para libertar. Os caminno do cosmopolitismo*

Le terre delle comunità indigene sono state costituite, inizialmente, come riserve naturali di gestione statale e concesse, in un secondo momento, alle comunità indigene in quanto organizzazioni sociali. Queste terre sono state individuate, perché tradizionalmente occupate dalle comunità indigene, sulla base di un diritto preesistente a quello nazionale. L'unico limite rimane la funzione sociale della proprietà privata della terra, garanzia della vita del popolo²⁷⁴. Il nuovo sviluppo economico brasiliano, tuttavia, sembra stravolgere, almeno parzialmente, i buoni rapporti intercorrenti con le comunità indigene, minacciate nella gestione dei propri territori. Inoltre, è in aumento il fenomeno dei *sin tierras*, ex proprietari sprossessati per ragioni di pubblica utilità, i quali reclamano la restituzione delle terre perse e una nuova riforma agraria, che consideri gli interessi di tutte le componenti della società brasiliana.

Diversi Paesi non hanno ancora riconosciuto espressamente i diritti dei popoli indigeni e la consuetudine giuridica indigena. Inoltre, non hanno fornito strumenti di protezione legale ai nativi. È il caso di alcuni Paesi dell'America centrale, dove il cammino verso la democrazia è tuttora in formazione. Una timida apertura giuridica verso la componente indigena, benché solo tuitiva o simbolica, è oggi in atto in *Honduras* e in *El Salvador*.

Il *Costa Rica*, invece, pur non riconoscendo espressamente la consuetudine indigena come fonte del diritto statale, dà una valenza simbolica al carattere indigeno dell'ordinamento. In questo modo, la protezione dei diritti dei nativi è affidata alle decisioni giudiziarie, tributate a intervenire per integrare direttamente i principi provenienti dalla giurisprudenza della Corte interamericana e dal diritto internazionale e, successivamente, applicarli al tessuto giuridico dello Stato²⁷⁵.

Un caso a parte è rappresentato dal *Cile*, che, da sempre, ha rincorso il mito della "nazione bianca ed europea", negando costantemente l'esistenza della componente indigena all'interno della popolazione cilena. Tutta la storia cilena, fino al XX secolo, è stata caratterizzata da un difficile rapporto con le comunità

multicultural, Rio de Janeiro 2003.

²⁷⁴ V.M. Lauriola, *Terre indigene, beni comuni, pluralismo giuridico e sostenibilità in Brasile*, in *Riv. Crit. Di Dir. Priv.*, 2011/III, pp. 425-458.

²⁷⁵ M. Carbonnel, J. Carpizo, D. Zovatto (a cura di), op.cit.

indigene, spesso soggette a politiche di sterminio e di deportazione²⁷⁶. L'inizio della transizione democratica, negli anni '80, ha fatto risorgere le aspirazioni indigene, pur non portando a nessuna riforma costituzionale in tal senso. La Costituzione, infatti, approvata nel 1980 durante il regime di Pinochet, non contiene alcun riconoscimento delle comunità indigene, né si ispira ai principi del neo-costituzionalismo latino-americano. Anche dopo la caduta del regime autoritario, la questione indigena non è mai stata affrontata in materia costituzionale. Solo recentemente, dopo diverse pronunce da parte del *Tribunal Constitucional* sulle inadempienze del Cile relativamente agli obblighi internazionali, è stata ratificata la Convenzione OIL n.169/1989, mentre, negli anni '90, è stata avviata una legislazione speciale per far fronte, pur parzialmente, alle istanze indigene. La legge n.19253/1993 (*Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas*), infatti, si è occupata del diritto consuetudinario indigeno e della terra originaria indigena. In ambito civile, la *costumbre* è riconosciuta come diritto valido per la risoluzione delle contese sorte tra indigeni appartenenti alla stessa etnia, a meno che non sia incompatibile con la costituzione politica della repubblica. In ambito penale, invece, il diritto consuetudinario indigeno è preso in considerazione solo quando ciò possa costituire un antecedente per l'applicazione di un'esimente o di un'attenuante della responsabilità, secondo il principio del *favor rei* (art.54, legge cit.). Per quanto riguarda la gestione collettiva della terra da parte delle comunità indigene, il Codice Civile non riconosce espressamente la proprietà indigena, ispirandosi al principio della *terra nullius*, per cui tutti i beni rientranti nei confini territoriali dello Stato e carenti di legittimo proprietario confluiscono, automaticamente, nel patrimonio statale. La stessa legislazione speciale del 1993 introduce, in modo blando, il concetto di "terra indigena", sulla quale deve essere applicato un *modus* diverso di dominio e di acquisizione della proprietà, connettendosi all'idea dell'ancestralità. Non si tratta, però, di un diritto di proprietà riconosciuto in base alla titolarità cartolare, ma di un'occupazione storica, antitetica a quella di

²⁷⁶ J. Bengoa, *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago del Cile 2000, pp. 11 e ss.

carattere bellico che lo Stato ha sempre adottato nei confronti dei territori degli indigeni (art.12, legge cit.). Tale *modus* di acquisizione della proprietà impone una procedura amministrativa obbligatoria da parte dell'autorità statale, che deve, prima, individuare le terre che presentano tale caratteristica "indigena" e, poi, trasferirle, a titolo gratuito, alle comunità, tramite le figure contrattuali tradizionali²⁷⁷. La recente legislazione ambientale ha dato un nuovo impulso alla tutela dei diritti collettivi degli indigeni: in tal senso, sono orientate la legge n.24417/2010 (*Modifica de la Ley n.19300 sobre bases generales del Medio Ambiente, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente*) e la legge n.20473/2010 (*Ley que otorga, transitoriamente, las facultades fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la Comisión señalada en el Artículo 86 de la Ley n.19300*).

²⁷⁷ M. Nuñez Poblete, *Diritto e diritti dei popoli indigeni nel Cile repubblicano*, in S. Lanni (a cura di), op.cit., pp. 91-119. Per un ulteriore approfondimento, si rinvia anche a: L. Nesti, *Lo status giuridico dei popoli indigeni del Cile. Il caso dei Mapuche*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2000/III.

Capitolo IV

La Corte interamericana dei diritti umani e il diritto alla terra comune indigena

1. Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani

La presa di coscienza della tutela dei diritti umani e il rafforzamento della loro protezione a livello costituzionale sono stati i veri punti di svolta per le recenti transizioni democratiche in America latina. Un impulso in tal senso, inoltre, proviene tuttora dal sistema interamericano di protezione dei diritti umani, che fa capo alla Convenzione interamericana dei diritti umani. La Convenzione è stata firmata a San José (Costa Rica) il 22 novembre 1969, ma è in vigore, secondo quanto stabilito dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, dal 18 luglio 1978, cioè dalla data in cui è stata ratificata dall'undicesimo Stato contraente. Ad oggi, gli Stati latino-americani che hanno ratificato la Convenzione sono venticinque: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Giamaica, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguay e Venezuela.

La Convenzione è nata con l'obiettivo di consolidare gli istituti democratici e il sistema di libertà e giustizia sociale, fondato sui diritti umani (*Preambolo*). Essa si presenta in America latina come un vero e proprio manifesto "regionale" dei diritti umani già garantiti sul piano internazionale, con espreso richiamo alla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948.

La Convenzione interamericana si propone di garantire il libero e pieno esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, senza alcuna discriminazione, in

tutti gli Stati contraenti (art.1). Pertanto, essa rafforza e completa la protezione già garantita dal diritto interno degli Stati latino-americani, imponendo loro di adottare tutte le misure legislative e amministrative necessarie per eliminare qualsiasi pregiudizio nei confronti dei diritti umani.

Per rendere effettivi i propri obiettivi, l'art.33 della Convenzione ha istituito, come strumenti specifici per la promozione e il monitoraggio del rispetto dei diritti umani, la Commissione interamericana (già operante, in realtà, dal 1959, in fase di formazione e stesura della Convenzione) e la Corte interamericana dei diritti umani (in funzione dal 1979).

La Corte è un tribunale internazionale a carattere regionale, il cui compito è di garantire la protezione dei diritti umani, secondo quanto previsto dalla Convenzione interamericana, negli Stati che ne hanno riconosciuto la giurisdizione²⁷⁸. La sua composizione e le sue competenze sono regolate dalla Convenzione (artt.52-69). Essa è costituita da sette giudici nazionali, per un numero non superiore a un giudice per Paese, e giudica con un *quorum* di cinque giudici. I membri della Corte sono eletti a scrutinio segreto dall'Assemblea generale degli Stati contraenti "a titolo personale" e sono scelti all'interno di liste specifiche preparate dagli Stati tra giuristi con alto profilo morale e un'elevata competenza nel campo dei diritti umani (art.52: "[...] *a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los propongas como candidatos*"). La loro funzione è incompatibile con qualsiasi altra. Sono previste, perciò, le dimissioni da altri incarichi politici, amministrativi o giurisdizionali, sia a livello internazionale che nazionale (art.71). I giudici sono eletti per un periodo di sei anni e possono essere rieletti solo per una volta. La Corte si rinnova parzialmente ogni tre anni (art.54).

²⁷⁸ Non tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione interamericana, infatti, hanno accettato la giurisdizione della Corte. Ad oggi, hanno riconosciuto pienamente la giurisdizione della Corte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Suriname, Uruguay e Venezuela.

Ogni giudice, una volta eletto, non rappresenta più gli orientamenti nazionali dello Stato di provenienza, ma solo ed esclusivamente i diritti e gli interessi legittimi, meritevoli di tutela, dei cittadini della regione latino-americana, senza alcuna eccezione (art.55)²⁷⁹.

La Corte ha una funzione consultiva e una funzione contenziosa. La prima si esplica in pareri e opinioni, su richiesta specifica di ogni singolo Stato, sulla compatibilità della normativa nazionale con gli strumenti internazionali e sul livello di protezione dei diritti umani all'interno di ogni Stato (art.64). Inoltre, ad ogni sessione dell'Assemblea generale, la Corte è chiamata a produrre un *report* sull'attività annuale della Corte stessa, sull'adeguamento della normativa interna di ogni singolo Stato al diritto interamericano e sul rispetto della sua giurisdizione (artt.64-65).

La funzione contenziosa della Corte, invece, consiste nel conoscere e decidere dei casi sottoposti dagli Stati contraenti e dalla Commissione interamericana in merito all'interpretazione e all'applicazione dei diritti garantiti dalla Convenzione interamericana, oltre che dei principi costituzionali comuni degli Stati contraenti e del diritto internazionale a cui si richiama (art.62.3). Compito della Commissione è di "filtrare" i ricorsi dei cittadini, proponendo al giudizio della Corte solo i ricorsi non immediatamente inammissibili. Una volta riconosciuta l'ammissibilità di un ricorso, è compito della Commissione, inoltre, sollecitare da parte del Governo dello Stato chiamato tutte le informazioni e le comunicazioni del caso e, successivamente, valutare l'esistenza dei motivi del ricorso, anche attraverso investigazioni adeguate (artt.48-50). La Corte giudica sulle violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione, quando non sono possibili o sono stati esperiti tutti i rimedi processuali interni. Se è riscontrato un pregiudizio a un diritto fondamentale, la Corte ordina che la parte lesa sia reintegrata nel godimento del proprio diritto e, se è il caso, che si rimedi alle conseguenze della violazione con un'adeguata compensazione, anche economica (art.63.1).

²⁷⁹ R. Hernández Valle, *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid 2011.

Le sentenze della Corte interamericana sono inappellabili, costituendo un grado unico e ultimo di giudizio o, meglio, una tipologia particolare di ricorso estremo di *amparo* (art.67). Per questo motivo, è stato definito spesso *amparo interamericano* o *internacional*²⁸⁰. Le sentenze sono immediatamente esecutive all'interno degli ordinamenti nazionali degli Stati interessati alla controversia, per via di un dispositivo di adeguamento contenuto nella stessa Convenzione. L'art.68, infatti, dispone che gli Stati hanno l'obbligo di uniformarsi al giudizio della Corte in ogni controversia di cui sono parte, mentre l'eventuale condanna alla compensazione economica, comminata dalla sentenza, deve essere eseguita secondo il procedimento interno previsto dallo Stato per l'esecuzione delle sentenze ("*[...] La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*"). La Corte, nell'ipotesi di prevenzione di danni irreparabili contro le persone o di estrema urgenza, può adottare le misure provvisorie adeguate ancor prima di una pronuncia sul caso (art.63.2)²⁸¹.

Il principio monistico del rapporto tra il diritto internazionale e il diritto interno degli Stati latino-americani ha dato un'importanza notevole alla giurisprudenza della Corte interamericana. Infatti, la giurisprudenza interamericana ha influito direttamente sul diritto interno degli Stati contraenti nell'ambito della tutela dei diritti umani. La protezione dei diritti umani, in America latina, è stata integrata recentemente proprio dagli orientamenti della Corte interamericana, ispirati dagli sviluppi del diritto internazionale pattizio (Convenzione OIL n.69/1989 e Dichiarazione ONU 2007). Questo *modus procedendi* della giurisprudenza interamericana ha in parte favorito anche lo sviluppo democratico degli Stati latino-americani, costituendo un nucleo di diritto di fonte giurisprudenziale valido per tutta la regione. Si tratta del cosiddetto *trans-*

²⁸⁰ G. La Ferrara, *Difesa della Costituzione e controllo internazionale degli stati d'eccezione nei Paesi dell'America latina*, in G. De Vergottini (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America latina*, Giappichelli, Torino 1997, pp. 357-488. Sull'argomento, interviene anche: E. Roza Acuña, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America latina*, op.cit.

²⁸¹ C. Arroyo Landa, L. Casseti, A. Di Stasi (a cura di), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Jovene, Perugia 2014, p. 113.

regional judicial dialogue, intercorrente tra i giudici della regione latino-americana e tra questi e quelli della Corte interamericana²⁸².

2. La protezione dei diritti degli indigeni e la restituzione delle terre comuni indigene nella giurisprudenza della Corte interamericana

2.1 Le pronunce della Corte IDH sul diritto di proprietà delle comunità indigene

La giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani ha influito notevolmente sulla protezione dei diritti dei popoli indigeni e, in particolare, sulla tutela e la restituzione delle terre ancestrali agli indigeni. Dagli anni '90 del XX secolo, infatti, diverse comunità indigene latino-americane, forti delle tutele attribuite loro dal sistema della Convenzione interamericana e dai nuovi testi costituzionali, hanno fatto ricorso alla Corte per ottenere il riconoscimento del proprio diritto alla terra. Le sentenze della Corte, oltre a essere cogenti nei confronti dello Stato parte della controversia, hanno creato un nuovo livello di protezione dei diritti umani dei popoli indigeni, valido per tutti i Paesi firmatari della Convenzione interamericana. Nella difficoltà degli ordinamenti latino-americani di garantire l'efficacia e l'effettività delle nuove tutele accordate dalle Costituzioni, le sentenze della Corte sono spesso intervenute in modo da costringere i Paesi ad adattare il proprio ordinamento alle disposizioni delle convenzioni del diritto sovranazionale, eliminando, anche se ancora solo parzialmente, le discriminazioni presenti nei sistemi nazionali. Si tratta di un procedimento piuttosto difficile da seguire, che contribuisce alla formazione odierna di una legislazione maggiormente garantista e alla creazione di un apparato amministrativo più presente nelle questioni indigene. In alcuni Paesi, come, ad esempio, il Paraguay o Panama, la protezione dei diritti dei popoli indigeni ha ricevuto un impulso maggiore dalla giurisprudenza della Corte, che è

²⁸² Idem, pp. 1 e ss.

intervenuta condannando l'atteggiamento discriminatorio delle normative e degli atti amministrativi nazionali²⁸³.

Il primo *leading case* della Corte sul diritto alla terra dei popoli indigeni è costituito dalla sentenza *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* del 31 agosto 2001²⁸⁴.

Nel caso in questione, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità internazionale dello Stato del Nicaragua per l'omessa delimitazione del territorio del popolo indigeno *Awas Tingni*. La contesa riguardava il progetto di sfruttamento forestale di un territorio riconosciuto dallo Stato come "possesso storico" di una comunità indigena di circa 600 persone. Nel 1992, un contratto tra la comunità indigena e l'impresa privata MADENSA aveva prospettato la condivisione degli utili con i membri della comunità. Quattro anni più tardi, malgrado il riconoscimento di "possesso storico" indigeno, l'amministrazione era intervenuta, concedendo, per un periodo di 30 anni, 62000 ettari del medesimo terreno a un'altra impresa privata, la SOLCARSA, senza consultare preventivamente la comunità indigena e negando, dunque, qualsiasi partecipazione agli utili e alla gestione economica e amministrativa del terreno.

La Corte interamericana, intervenuta dopo ben due giudizi di *amparo* nazionali, giunti in ritardo e senza essersi pronunciati nel merito, ha riconosciuto, anzitutto, la violazione dell'art. 25 della Convenzione interamericana (protezione giudiziale), in relazione agli artt. 1.1 (responsabilità statale di garantire un ricorso interno efficace) e 2 (adozione di mezzi in grado di eliminare violazioni nei confronti delle garanzie convenzionali). Secondo la Corte, infatti, l'art. 25 della Convenzione prevede l'obbligo dello Stato di offrire un ricorso giudiziale effettivo contro gli atti che violano i diritti umani. Lo Stato, perciò, dovrebbe adottare mezzi normativi e amministrativi per rendere effettiva la "delimitazione", la "demarcazione" e la proprietà della comunità indigena, secondo il diritto

²⁸³ G. Citroni e K. I Quintana Osuna, *Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press 2008, pp. 317-344.

²⁸⁴ Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentenza del 31 agosto 2001, Serie C n° 66 e n° 79.

consuetudinario. Nel caso analizzato, la Corte ha individuato l'esistenza di una normativa nazionale a protezione della proprietà comunitaria indigena della terra, ma non di un procedimento specifico per rivendicare tale titolo proprietario. Inoltre, il comportamento dello Stato avrebbe violato anche una norma interna (la legge di *amparo*, n.49 del 1988), che prevedeva l'obbligatorietà di una pronuncia giudiziale su un ricorso di *amparo* entro 45 giorni.

La Corte ha, poi, affrontato, per la prima volta, la questione delle terre indigene e della proprietà comunitaria, riconoscendo nel comportamento nazionale una violazione dell'art. 21 della Convenzione, cioè del diritto di proprietà privata. Reinterpretando, infatti, la definizione di "beni", in accordo con l'art. 29.1 (divieto di interpretazione restrittiva dei diritti), la Corte ha fatto corrispondere il più specifico diritto di proprietà privata al diritto più generale di "usare e godere" dei propri beni, in maniera non contrastante con l'interesse pubblico e sociale. Tramite questo passaggio interpretativo, si è collegata, pertanto, a quanto ribadito chiaramente anche nella Costituzione nicaraguense. Nel caso trattato, dunque, non esisteva un interesse pubblico e sociale cogente, tale da giustificare la negazione della proprietà in capo alla comunità indigena, anche se trattasi di una proprietà comunitaria. Sulla base di questa tesi, la Corte è andata oltre e ha, di seguito, individuato, per la prima volta, l'esistenza di un legame esclusivo tra gli indigeni e la terra, a testimonianza della proprietà comunitaria indigena della terra e delle risorse. Questo richiederebbe una tutela costante ed effettiva da parte delle amministrazioni statali. Così, la Corte si è pronunciata:

"[...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. [...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar

*plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras [...]*²⁸⁵.

La sentenza del 31 agosto 2001 è diventata la chiave di volta della protezione interamericana del diritto alla terra comunitaria indigena. Tutte le sentenze successive, infatti, hanno riconosciuto il legame intrinseco tra gli indigeni e la terra madre. Questo legame costituirebbe la base del diritto fondamentale delle comunità indigene ai fini del riconoscimento della proprietà comunitaria delle terre storiche, onde reclamarne la restituzione da parte degli Stati²⁸⁶.

Sulla stessa scia sono intervenute due sentenze pronunciate dalla Corte interamericana contro il Paraguay, la *Yakye Axa vs. Paraguay* del 17 giugno 2005²⁸⁷ e la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* del 29 marzo 2006²⁸⁸.

Nel primo caso, il Paraguay è stato giudicato responsabile di numerose violazioni del diritto internazionale. Il caso di specie riguardava un trasferimento forzato, avvenuto tra il 1986 e il 1993, di una comunità indigena di 300 persone in condizioni precarie di salute dai propri territori storici, a causa di un'alienazione degli stessi risalente al XIX secolo.

La Corte ha riconosciuto una violazione delle garanzie e della protezione giudiziale, tutelate dagli artt. 8 e 25 della Convenzione interamericana, in relazione agli artt. 1 e 2 della Convenzione, laddove erano stati previsti tempi eccessivamente lunghi e termini irregolari per il riconoscimento della personalità

²⁸⁵ Idem, par. 149.

²⁸⁶ J.A. Amriott, *Environment, equality and indigenous peoples' land rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua*, in *Environmental Law*, 32/2002; S.J. Anaya e C. Grossman, *The case of Awas Tingni v. Nicaragua: a new step in the international law of indigenous peoples*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19(1)/2002; J.P. Vuotto, *Awas Tingni v. Nicaragua: International precedent for indigenous peoples*, in *Boston University International Law Journal*, 22(1)/2004; L.J. Alvarado, *Prospects and challenges in the implementation of indigenous peoples' human rights in international law: lessons from the Case of Awas Tingni v. Nicaragua*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 24(3)/2007. Per un approfondimento sul caso Awas Tingni v. Nicaragua, si rinvia anche a: F. Isa Gómez (a cura di), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao 2003.

²⁸⁷ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza del 17 giugno 2005. Serie C n° 125 e 142.

²⁸⁸ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 29 marzo 2006. Serie C n° 146.

giuridica della comunità indigena *Yakye Axa* e della sua proprietà comunitaria della terra. Il procedimento gestito dall'INDI (*Instituto Nacional Desarrollo Indígena*), che non aveva reso effettivo il riconoscimento del possesso storico indigeno su quelle terre, è stato considerato lesivo del diritto internazionale (Conv. OIL 169/1989) e della normativa interna (art. 14, legge 234/1993, con la quale era stata ratificata la Conv. OIL 169/1989) per non aver previsto procedimenti adeguati per le rivendicazioni indigene e per non aver garantito il diritto alla proprietà comunitaria della terra, come contemplato dalla Costituzione paraguaiana e dal diritto internazionale.

La Corte, spingendosi a un livello di protezione ulteriore rispetto a quello già ritenuto nella sentenza del 2001, ha affermato che non fosse necessario il previo riconoscimento della personalità giuridica della comunità indigena per rivendicarne la proprietà. Infatti, il diritto di questa alla proprietà comunitaria sarebbe qualificabile come un diritto preesistente a quello statale, a prescindere dal riconoscimento della personalità giuridica²⁸⁹. Il comportamento statale, pertanto, risulterebbe lesivo dell'art. 21 della Convenzione, in relazione all'art. 1.1 della stessa, laddove non era garantita la proprietà comunitaria della terra indigena. Il legame indigeno con la terra, infatti, deve essere letto, secondo la Corte, come una relazione spirituale, che rende la terra indigena non solo bene materiale, ma anche patrimonio culturale immateriale, perché fonte di tutte le pratiche culturali e consuetudinarie indigene²⁹⁰. Per questo motivo, il diritto alla proprietà comunitaria indigena sulle terre storiche non può mai essere limitato, se non per un interesse pubblico imperativo e rispettando, comunque, i criteri di proporzionalità. Nel presente caso, pur non esistendo obiettivi collettivi preponderanti, tali da giustificare lo spossessamento degli indigeni, lo Stato avrebbe dovuto, comunque, garantire un indennizzo economico o, al limite, l'assegnazione e/o la concessione della proprietà di terre alternative.

Infine, secondo la Corte, il trasferimento forzato della comunità indigena ricorrente sarebbe avvenuto in condizioni disagiate: 16 bambini erano morti

²⁸⁹ Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentenza del 17 giugno 2005. Serie C n°.125 e 142, par.82.

²⁹⁰ *Idem*, par.ffi 131, 135, 146, 154.

durante l'operazione. Il decreto presidenziale n.3789/1999, inoltre, aveva già chiaramente riconosciuto lo stato di emergenza in cui viveva la comunità *Yakye Axa*. Di conseguenza, sarebbero stati violati l'art. 4 della Convenzione interamericana (diritto alla vita e, quindi, alle condizioni che garantiscono una degna esistenza), gli artt. 10 (salute), 11 (ambiente), 12 (alimentazione), 13 (educazione), 14 (cultura) del Protocollo addizionale alla Convenzione interamericana sui diritti economici, sociali e culturali (cosiddetto *Protocollo di San Salvador*)²⁹¹.

Il caso dei *Sawhoyamaxa* è stato oggetto di ricorso innanzi alla Corte interamericana da parte della medesima associazione *Tierraviva*, che si era presa cura già degli interessi della comunità *Yakye Axa*, e riguardava una controversia, che contrapponeva da almeno vent'anni la comunità indigena all'amministrazione statale. Si trattava, infatti, di alcune terre, appartenenti a privati, che gli indigeni rivendicavano come terre ancestrali già dal 1991, prima, quindi, dell'entrata in vigore del nuovo testo costituzionale, avvalendosi della corretta procedura stabilita dall'*INDI* e dallo Statuto Agrario. Inoltre, nel 1997 era stato presentato al Parlamento (o *Congreso Nacional*) un disegno di legge per consentire alle comunità indigene di rientrare legittimamente in possesso delle terre storiche, conformemente alle tutele estese dal nuovo testo costituzionale (1992). Tuttavia, il disegno di legge non ottenne il consenso delle Camere. La comunità *Sawhoyamaxa* continuò a rivendicare la proprietà del territorio ancestrale, tramite diversi ricorsi di *amparo*, senza peraltro ottenere un riscontro favorevole.

La Corte interamericana è intervenuta sul caso nel 2006 con una sentenza, considerata ancora oggi tra le più importanti in merito alla tutela della proprietà indigena delle terre storiche. Infatti, riprendendo le pronunce precedenti (sentenza del 31 agosto 2001, *Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua*, e sentenza del 17 giugno 2005, *Yakye Axa vs. Paraguay*), lo Stato del Paraguay è stato riconosciuto colpevole di non aver garantito la proprietà ancestrale indigena.

²⁹¹ Sul caso *Yakye Axa v. Paraguay*, si rinvia a: A.D. Ramírez, *El caso de la comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, in *Revista IIDH*, 41/2005; I. Fuentes, *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, in *Revista CEJIL*, 2/2006.

È stata ravvisata, anzitutto, una violazione degli artt. 8 e 25 della Convenzione interamericana (garanzie processuali e protezione giudiziale), in relazione agli artt. 1.1 e 2, per non aver garantito un procedimento efficace nel riconoscimento della proprietà indigena per un tempo irragionevolmente prolungato. Pertanto, la Corte ha considerato illegittimo il procedimento di assegnazione della terra previsto dall'*INDI*, perché subordinato al riconoscimento della personalità giuridica delle comunità indigene. Al proposito, ha sottolineato come la Costituzione del 1992 garantisca il diritto delle comunità indigene a possedere e gestire le proprie terre storiche, annullando il discrimine tra comunità indigene con personalità giuridica e comunità indigene prive di personalità giuridica²⁹².

Il Paraguay, inoltre, è stato ritenuto responsabile per la violazione dell'art. 21 della Convenzione interamericana (proprietà privata), in relazione agli artt. 1.1 e 2, e per il mancato rispetto della Convenzione OIL 169/1989, in quanto il diritto alla proprietà comunitaria indigena è un diritto fondamentale protetto dal diritto internazionale. Nessun accordo o contratto commerciale può essere considerato superiore a un diritto tutelato internazionalmente: in questo caso, si trattava di un accordo commerciale intercorso tra le autorità statali paraguaiane e quelle della Germania. Sotto tale aspetto, la responsabilità del Paraguay era riscontrabile anche in relazione al diritto nazionale, visto che il diritto alla proprietà comunitaria della terra è tutelato costituzionalmente.

A fondatezza del proprio ragionamento, la Corte ha rilevato che il legame tra popolo indigeno e terra storica costituisce da sempre un elemento importante della cosmovisione e della cultura indigena, perché legittima l'appartenenza di tutta una comunità, collettivamente, a una terra cosiddetta "storica" o "ancestrale", occupata da tempo immemore. Tale legame giustificerebbe, pertanto, un modo diverso di possesso rispetto al concetto classico di proprietà privata, ma ugualmente meritevole della tutela dell'art. 21 della Convenzione²⁹³. Disconoscere questo specifico modo di usare e godere dei beni, secondo la consuetudine tradizionale indigena, porterebbe ad affermare, in modo erroneo, che esiste un

²⁹² Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentenza 29 marzo 2006. Serie C n°.146, par.94.

²⁹³ *Idem*, par.118.

solo tipo possibile di proprietà²⁹⁴. Si tratterebbe di un *modus possidendi uti dominus*, che riguarda sia i beni materiali che quelli immateriali, come le cure mediche e ayurvediche, derivanti dallo sfruttamento di alcune risorse presenti su queste terre²⁹⁵.

Pertanto, secondo le conclusioni della Corte, il diritto al possesso comunitario della terra, tipico della cultura indigena, equivale al diritto di proprietà privata ed è meritevole delle medesime protezioni e tutele. Di conseguenza, è riconosciuto il diritto a recuperare le terre illegittimamente requisite. Tale diritto esiste solo fino a quando esiste il legame specifico (*estrecha relación*) tra popolo indigeno e terra²⁹⁶.

Il Paraguay, infine, è stato ritenuto responsabile della violazione dell'art. 4 della Convenzione interamericana (diritto alla vita), per avere interferito sulle condizioni di vita della popolazione *Sawhoyamaxa* ridotta all'indigena, della violazione dell'art. 5 (integrità personale), dell'art. 3 (riconoscimento della personalità giuridica) e dell'art. 19 (diritti dei minori) per la morte di 18 bambini²⁹⁷.

In modo molto simile, il concetto è stato ribadito in una terza sentenza contro il Paraguay, datata 24 agosto 2010 e relativa al caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*²⁹⁸.

Un'altra pronuncia storica sul diritto alla proprietà indigena è costituita dalla sentenza datata 28 novembre 2007, con la quale la Corte è intervenuta sul caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*²⁹⁹.

Diversamente dalle pronunce precedenti, si trattava, in questo caso, di una comunità tribale, i *Saramaka*, che, pur non essendo abitanti storici della zona del Rio de Suriname, si erano lì stanziati dal XVIII secolo, con il tacito consenso delle

²⁹⁴ Idem, par.120.

²⁹⁵ Idem, par.121.

²⁹⁶ Idem, par.128.

²⁹⁷ Per un approfondimento sulla sentenza *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, si rinvia a: E. Tramontana, *La dimensione collettiva dei diritti dei popoli indigeni nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani: il caso della Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c./ Paraguay*, op.cit.

²⁹⁸ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 24 agosto 2010. Serie C n°.214.

²⁹⁹ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 28 novembre 2007. Serie C n°.172 e 185.

autorità centrali. Negli anni '90 del XX secolo, le concessioni minerarie statali a terzi avevano, di fatto, spossessato le popolazioni tribali ivi residenti. Un ulteriore problema, inoltre, derivava dal fatto che il Suriname non aveva mai riconosciuto, né all'interno del testo costituzionale né nella legislazione ordinaria, la proprietà comunitaria indigena della terra ancestrale, così come non aveva mai ratificato la Convenzione OIL 169/1989.

Nel pronunciarsi sul caso, la Corte ha, da subito, assimilato le caratteristiche delle comunità tribali *Saramaka*, abitanti già da lungo tempo di una terra non appartenente a nativi, a quelle dei popoli indigeni. Di conseguenza, ha applicato le medesime disposizioni e le medesime garanzie in merito alla proprietà comunitaria³⁰⁰.

Richiamando la giurisprudenza precedente e, in particolare, le due sentenze contro il Paraguay, la Corte ha, poi, proseguito, riconoscendo ugualmente la responsabilità del Suriname sotto il profilo del diritto internazionale. Nello specifico, lo Stato del Suriname non aveva adottato misure effettive per il riconoscimento del diritto alla proprietà comunitaria del popolo tribale *Saramaka* e non aveva garantito la possibilità di ricorrere in via giudiziale. La Corte, tramite un'interpretazione estensiva ex art. 29 Convenzione interamericana, ha stabilito che il comportamento del Suriname verso la popolazione tribale *Saramaka* aveva violato gli artt. 2, 3, 21 e 25 della Convenzione interamericana, oltre che i Patti internazionali delle Nazioni Unite, tempestivamente ratificati dallo stesso. Inoltre, essendo membro delle Nazioni Unite, risultava responsabile sotto il profilo del diritto internazionale per la violazione della proprietà comunitaria indigena della terra, così come garantita dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni, adottata il 13 settembre 2007. Per questo motivo, per concedere lo sfruttamento minerario della zona, lo Stato sarebbe stato obbligato, in primo luogo, a fare una valutazione di interesse sociale e di impatto ambientale. In secondo luogo, sarebbe stato tenuto a coinvolgere nella decisione la comunità tribale, che legittimamente vantava il possesso indisturbato e continuo della terra, tramite la richiesta di un previo consenso, l'obbligo di consultazione e la

³⁰⁰ Idem, par. fi 84, 85, 86.

partecipazione agli utili e alla gestione dei giacimenti minerari.

Il Suriname, inoltre, sarebbe stato obbligato a dare la possibilità alla comunità tribale di ricorrere in giudizio per far valere i propri diritti e i propri interessi legittimi, al di là del riconoscimento di una personalità giuridica, per analogia con la posizione dei popoli indigeni e la tutela internazionalmente garantita loro dalle Nazioni Unite³⁰¹.

La Corte interamericana, con la sentenza del 27 giugno 2012, è intervenuta similmente nel caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, relativo all'obbligo di rispettare l'impatto sociale e ambientale sui territori indigeni, derivante dallo sfruttamento delle risorse³⁰².

Nel caso specifico, la comunità indigena *Kichwa de Sarayaku*, di circa 1200 elementi, registrata nel 2004 dalla pubblica amministrazione ecuadoriana come "popolo originario", occupava un territorio dell'Ecuador particolarmente ricco di risorse naturali commerciabili, quali petrolio e gas. Già nel 1996, la CGC, una compagnia argentina di gestione idrocarburi e petrolio, in accordo con l'impresa statale petrolifera, aveva tentato un ingresso nel territorio indigeno ai fini estrattivi, suscitando l'immediata reazione da parte della comunità indigena per vie legali. Nel 2010, un contratto tra la PetroEcuador, azienda a partecipazione statale, e la medesima CGC aveva diviso la gestione dell'estrazione di risorse sul territorio indigeno, senza informare la comunità indigena residente e senza ottenerne il previo consenso.

La Corte ha riconosciuto la responsabilità dell'Ecuador per la violazione dell'art. 21 della Convenzione interamericana, laddove si sarebbe interferito con il legame specifico tra il popolo indigeno e la terra, relazione ancestrale e imprescindibile che identifica la stessa cultura indigena e tutelata, pertanto, anche dalla Convenzione OIL 169/1989 e dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni del 2007³⁰³. Nello specifico, l'Ecuador non avrebbe

³⁰¹ Per un approfondimento sul caso *Saramaka v. Suriname*, si rinvia a: F. Rivera e K. Rinaldi, *Peublo Saramaka v. Surinam: El derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblo*, in *Revista CESJIL*, 4/2008.

³⁰² Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentenza 27 giugno 2012. Serie C n° 245.

³⁰³ *Idem*, par. ff 145, 146, 148, 155.

consultato preventivamente la comunità indigena sulla concessione di estrazione petrolifera e gas, questione da cui dipendeva la sopravvivenza del popolo (art. 15.2 Convenzione OIL 169/1989), né avrebbe studiato, secondo gli *standard* internazionali, l'impatto ambientale e sociale che tale attività poteva causare sulla vita del popolo indigeno ivi abitante (art. 7.2 Convenzione OIL 169/1989). Questo atteggiamento, a sua volta, avrebbe incorporato in sé una serie di violazioni nei confronti del diritto internazionale: la Dichiarazione di Rio del *Medio Ambiente* (obbligo di rispettare l'ambiente e di studiare l'impatto ambientale prima di autorizzare l'estrazione di risorse); la Dichiarazione dell'UNESCO sulla diversità culturale (obbligo di studiare l'impatto sociale sulla comunità indigena e sulla sua cultura, legata alla terra); la Convenzione dell'UNESCO sulla salvaguardia del patrimonio immateriale (obbligo di rispettare la cultura indigena come patrimonio culturale immateriale); la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

A causa della particolare connessione del vivere indigeno con l'ambiente e la natura, l'attività estrattiva illegittima avrebbe ristretto anche il diritto alla vita, all'integrità e alla libertà personale di ogni singolo indigeno abitante nel luogo (artt. 4 e 5 dell'Convenzione interamericana), imponendo condizioni di vita non sopportabili e qualificabili come "tortura" (secondo la Convenzione contro la tortura).

Peraltro, l'Ecuador, negando la proprietà comunitaria indigena della terra, sarebbe stato responsabile anche per aver violato l'ordinamento interno statale, visto che una legge del 1998 ha ratificato la Convenzione OIL 169/1989 e che il diritto alla proprietà comunitaria della terra è garantito anche a livello costituzionale (artt. 56-60, 71-74, 275-277, come da revisione costituzionale del 2007).

In modo non dissimile, si è espressa di recente la Corte interamericana sul caso *Pueblos Indígenas Kuna vs. Panama*, con sentenza del 14 ottobre 2014³⁰⁴. La Corte ha affrontato una questione complessa, iniziata nel 1972 con la costruzione di una centrale idroelettrica nella zona dell'Alto Bayano. Durante i

³⁰⁴ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 14 ottobre 2014. Serie C n°. 284.

lavori, erano state inondate le terre indigene, appartenenti alle comunità *Kuna Madungandí* ed *Emberá Ipetí y Piriati*. Il decreto n. 156/1971 aveva stabilito un fondo di compensazione per le terre indigene andate distrutte. Dal 1990, però, approfittando della carenza di legittimazione statale della proprietà indigena, terzi privati avevano tentato di inserirsi nei territori indigeni acquisiti tramite fondo di compensazione. Ciò aveva comportato l'inizio di un lungo *iter* amministrativo e processuale da parte delle comunità indigene per rivendicare il possesso e la gestione comunitaria di dette terre. Tuttavia, l'amministrazione statale era rimasta a lungo inadempiente alle richieste indigene, intervenendo parzialmente solo con la nascita della *Comarca Kuna*, unità territoriale amministrativa parzialmente indipendente, concepita come "regione indigena" (legge n.24/1996). Di fatto, non esisteva alcuna legislazione per tutti quei territori che rimanevano esclusi dalla *comarca* indigena. Il procedimento di assegnazione agli indigeni delle terre collocate fuori dalla *comarca* è iniziato lentamente solo nel 2008 nei confronti della comunità *Kuna* e nel 2011-2012 nei confronti della comunità *Emberá*. Il titolo di proprietà collettiva è stato concesso solo nel 2013-2014, cioè dopo ben 24 anni dall'inizio delle rivendicazioni indigene e quasi in contemporanea alla pronuncia della Corte interamericana.

Per questo motivo, la Corte ha condannato Panama per la violazione dell'art. 21 della Convenzione interamericana, cioè per non aver garantito la proprietà comunitaria indigena della terra, delimitando il territorio in modo da creare una situazione di prolungata confusione e incertezza giuridica e facendo venir meno il rapporto di ancestralità tra il popolo indigeno e la terra storica, come più volte ribadito dalla Corte stessa nelle precedenti pronunce. Inoltre, Panama avrebbe violato l'art. 2 della Convenzione interamericana per aver difettato nell'adeguamento della normativa internazionale al diritto interno. Panama, infatti, ha ratificato la Convenzione interamericana nel 1978 e ha riconosciuto la competenza della Corte nel 1990, mentre ha iniziato ad assegnare le terre alle comunità indigene solo nel 2008.

Sono state accertate, infine, le violazioni degli artt. 8, 24 e 25 della Convenzione interamericana, per non aver garantito adeguatamente i diritti e le

garanzie processuali alle comunità indigene reclamanti.

Negli ultimi anni, la Corte ha riconosciuto la violazione del diritto alla proprietà comunitaria indigena delle terre ancestrali all'interno di ben più gravi crimini contro l'umanità. Per esempio, nel caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, giudicato con sentenza del 4 settembre 2012³⁰⁵, la Corte ha ritenuto parzialmente responsabile lo stato del Guatemala per i massacri avvenuti negli anni 1980 e 1982 ai danni della comunità *Río Negro* da parte dell'esercito e per la violazione di una serie di diritti umani, quali il diritto alla vita, all'integrità personale, alla libertà, alla proibizione della schiavitù e alla proprietà comunitaria indigena della terra. Ancora una volta, la Corte si è soffermata in modo significativo sul legame ancestrale che unisce il popolo indigeno alla terra originaria. Infatti, durante i rastrellamenti e i massacri perpetrati dall'esercito, gli indigeni furono costretti a fuggire, abbandonando le proprie terre originarie, e i pochi superstiti, che tornarono nel 1983, trovarono una situazione di desolazione tale da rendere impossibile la ricostruzione del loro rapporto simbiotico con la natura e il ritorno all'ancestralità.

2.2 Le linee interpretative della Corte IDH sulla proprietà comunitaria indigena

Alla luce di tali casi significativi sul diritto alla proprietà indigena delle terre ancestrali e in relazione alla loro progressione nel tempo, è possibile definire un univoco atteggiamento da parte della Corte. Infatti, la violazione dei diritti umani dei popoli indigeni nel continente latino-americano è stata oggetto di un'interpretazione evolutiva della Convenzione interamericana da parte della Corte, che l'ha integrata con principi e norme provenienti dal diritto internazionale (le Convenzioni OIL, la Dichiarazione ONU del 2007, ma anche le Convenzioni sull'eliminazione della tortura o sulla protezione dei diritti dei minori, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) e con i valori e le tradizioni

³⁰⁵ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 4 settembre 2012. Serie C n° 250.

costituzionali comuni delle Costituzioni degli Stati latino-americani³⁰⁶. In questo modo, sono stati ricostruiti gli istituti tipici indigeni come quello della proprietà comunitaria della terra e delle risorse naturali, cardine della cultura indigena e, quindi, della tutela dei diritti umani delle comunità indigene.

Seguendo questo ragionamento, il problema della proprietà comunitaria indigena è stato affrontato dalla Corte tramite un'interpretazione estensiva, in accordo con l'art. 29.b della Convenzione, di principi protetti dalla Convenzione e dalle tradizioni costituzionali comuni. La fonte normativa del *modus possidendi* indigeno, infatti, risiederebbe, secondo la Corte, sempre nell'art. 21 della Convenzione, che disciplina la proprietà privata, laddove è menzionato il diritto di ciascuno all'uso e al godimento dei propri "beni" ("*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes [...]*")³⁰⁷, intesi come tutte quelle cose materiali, mobili o immobili, corporali o incorporali, soggette a entrare nel patrimonio di una persona e, quindi, suscettibili di un valore quantificabile economicamente ("*[...] aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona [...] susceptible de tener un valor*")³⁰⁸. Secondo questa estensione interpretativa, quindi, sarebbero tutelate dalla medesima norma sia la proprietà privata di ciascun indigeno, sia la proprietà comunitaria di un'intera comunità indigena, la quale gode di una personalità giuridica che non richiede alcun ulteriore riconoscimento da parte delle autorità amministrative statali³⁰⁹. Tale interpretazione troverebbe fondamento normativo, inoltre, anche nel XXII articolo della Dichiarazione Americana, dove il diritto alla proprietà privata corrisponde al diritto di ciascuno di mantenere una vita decorosa, nel rispetto della dignità personale ("*Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*")³¹⁰.

All'interpretazione estensiva dell'art.21 della Convenzione si collega,

³⁰⁶ F. MacKay, *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, IWGIA, Copenaghen 2002.

³⁰⁷ *Convención interamericana de los derechos humanos*, art.21, par.1.

³⁰⁸ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza del 31 agosto 2001, Serie C n°.66 e n°.79, par.144.

³⁰⁹ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza del 17 giugno 2005. Serie C n°.125 e 142, par.143.

³¹⁰ *Declaración Americana*, art. XXII.

pertanto, anche il criterio del "legame ancestrale" tra popolo indigeno e terra originaria, sancito dall'art.13 della Convenzione OIL 169/1989 e ribadito dalla Dichiarazione ONU del 2007 sulla protezione dei diritti dei popoli indigeni. Tutte le sentenze della Corte interamericana, infatti, si soffermano sull'importanza e la specialità della relazione dei valori culturali e spirituali del popolo indigeno con la terra, in quanto fonte della propria "storicità" e delle consuetudini giuridiche indigene, ivi compreso la gestione comunitaria della terra, qualificata come "bene comune", in quanto incorpora in sé tutti i tratti distintivi della scarsità e della preziosità delle risorse naturali. I popoli indigeni sono perciò legittimati a reclamare l'appartenenza e la proprietà delle terre ancestrali e delle loro risorse e a rivendicare il loro utilizzo collettivo non in base a una norma, ma in base all'esistenza della loro relazione speciale con la terra e con le risorse naturali e alla necessità di queste per la sopravvivenza fisica e culturale della comunità indigena. La norma non fa altro che legittimare un diritto già esistente, perché diritto umano dei popoli indigeni³¹¹.

Inoltre, il soggetto collettivo è legittimato a rivendicare la propria titolarità sulle terre ancestrali, così come il soggetto individuale³¹². Secondo la Commissione interamericana, infatti, non esiste alcun discrimine tra la dimensione collettiva e quella individuale del diritto di proprietà, le quali coesistono nella tutela delle terre indigene, come ribadito anche nelle Costituzioni nazionali³¹³. La dimensione collettiva giustifica l'esercizio collettivo del diritto di proprietà, il quale non ha il suo fondamento nel riconoscimento giuridico da parte di uno Stato, ma nell'uso immemore e indisturbato da parte di una comunità delle terre tradizionali nelle quali s'identifica. Non si tratterebbe, quindi, di un titolo formale di proprietà, ma di diritti consuetudinari che non hanno bisogno di una

³¹¹ Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentenza 28 novembre 2007. Serie C n° 172 e 185, par. 122. O. Ruiz Chiriboga e G. Donoso, op.cit., pp. 62-63. Sull'argomento, si rinvia anche a: M. Berraondo (a cura di), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao 2006.

³¹² M.I. Toro Huerta, *El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *AMD* 10/49, 2010.

³¹³ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Doc OEA/Ser.L/V/II/, Doc.56, 30 dicembre 2009, par. 62.

legittimazione statale, perché appartengono a un sistema giuridico preesistente. Il processo di riconoscimento giuridico nazionale della proprietà indigena sulle terre ancestrali, perciò, è da considerarsi come un semplice accertamento della prova riguardo al possesso storico indigeno³¹⁴.

Pertanto, il procedimento statale di riconoscimento è da intendersi come un procedimento amministrativo che ufficializza l'appartenenza indigena della terra, ma che non fa sorgere nuovi diritti *ex se*. Esso formalizza, semplicemente, un titolo giuridico già esistente, che deve essere registrato e che incardina, di conseguenza, il compito per l'amministrazione statale di attivare meccanismi positivi, che possano assicurare l'esercizio e la validità del titolo di proprietà³¹⁵. Per questo motivo, la Corte fa un *distinguo* tra il mero privilegio di usare e possedere le terre e la titolarità su di esse. Solo quest'ultima, infatti, integra tutti i meccanismi positivi per garantirne l'effettività³¹⁶.

In tutte le sentenze esaminate, la Corte fa corrispondere al diritto della comunità indigena di possedere collettivamente la terra ancestrale lo speculare dovere da parte dello Stato di garantire che tale possesso sia legittimato da un titolo ufficiale, nonché da una serie di previsioni atte a rimarcare la titolarità. Allo Stato spetterebbe la chiara identificazione e "demarcazione" della terra indigena, così come l'integrazione di procedimenti per la risoluzione dei conflitti sulle terre ancestrali, come tutelato già dal diritto internazionale nell'art. 14.3 della Convenzione OIL 169/1989. L'assenza (vedi i casi *Yakye Axa* e *Sawhoyamaxa*) o l'inefficienza e l'inadeguatezza di questi meccanismi (vedi il caso *Pueblo Saramaka*) nell'apparato amministrativo nazionale costituiscono una netta violazione dei diritti processuali tutelati dalla Convenzione interamericana agli artt. 8 e 25³¹⁷. Così, per un'interpretazione estensiva, la proprietà comunitaria indigena sarebbe tutelata proprio nell'esistenza di tutti gli strumenti amministrativi adeguati per il riconoscimento giuridico e il conseguente titolo di proprietà della

³¹⁴ Idem, par. 69.

³¹⁵ Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentenza 28 novembre 2007. Serie C n°.172 e 185, par. 194.

³¹⁶ Idem, par. 115.

³¹⁷ O. Ruiz Chiriboga e G. Donoso, *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, Corte IIDH, pp. 61-62.

terra, nonché per la registrazione della personalità giuridica della comunità indigena.

Direttamente connesso al diritto di proprietà comunitaria è anche il diritto di ricorrere in via giudiziaria per ottenerne la sua effettiva protezione. La comunità indigena deve avere sempre la possibilità di ricorrere in tribunale per vedersi riconosciuti i propri diritti. Si tratterebbe di un riconoscimento implicito del ricorso di *amparo* per la tutela di un diritto riconosciuto e protetto costituzionalmente, oltre che dai principi del diritto internazionale³¹⁸.

Infine, perché la tutela della proprietà comunitaria indigena sia considerata piena, lo Stato ha l'obbligo di garantire l'effettiva partecipazione delle comunità indigene ai procedimenti decisionali relativi alla terra indigena e alle sue risorse naturali, nel rispetto della consuetudine e delle tradizioni indigene. Esso si traduce nel consenso preventivo, libero e informato delle comunità indigene relativamente alle questioni riguardanti le terre originarie (e loro eventuali modificazioni).

Inoltre, lo Stato ha l'obbligo di provvedere, qualora la comunità indigena dovesse essere privata della terra originaria, che sia garantito il pagamento di un indennizzo, come previsto dall'art.21.1 della Convenzione e da tutte le legislazioni nazionali in merito all'espropriazione per pubblica utilità di proprietà privata. Nessuno, infatti, può essere privato dei propri beni, se non dietro il pagamento di un equo e giusto indennizzo. Allo stesso modo, per i popoli indigeni il diritto di indennizzo si traduce nel diritto a partecipare ai benefici e agli utili derivanti dalla restrizione o dalla privazione della proprietà comunitaria della terra, ma anche al mancato sfruttamento delle risorse naturali presenti in essa³¹⁹. Si tratterebbe, dunque, di una compensazione che trova i suoi fondamenti non solo nelle norme giuridiche derivanti dalla protezione della proprietà privata, letta per esteso come proprietà di tutti i beni, ma anche nel criterio sociologico e antropologico del legame tra popolo indigeno e natura³²⁰. Per tale motivo, ci si riferisce alle compensazioni pecuniarie e terriere dei popoli indigeni con il più complesso

³¹⁸ E. Rozo Acuña, op.cit.

³¹⁹ Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 28 novembre 2007. Serie C n°.172 e 185, par. 139.

³²⁰ M. Gómez, *Indigenous peoples and psychosocial reparation: the experience with Latin-American indigenous communities*, in F. Lenzerini (a cura di), op.cit., pp. 143-162.

termine "*reparation*"³²¹, che, nel contesto internazionale, rimanda chiaramente alla sovranità originaria dei popoli indigeni sulle terre ancestrali. Così, usando la terminologia internazionalistica, la giurisprudenza interamericana richiama le amministrazioni nazionali al dovere di "riparare" agli errori di una legislazione illegittima del passato, cioè a ristabilire il principio della sovranità indigena sulle terre ancestrali tramite la restituzione e la garanzia della proprietà comunitaria indigena.

Le compensazioni, alle quali sono condannati i Paesi dalla giurisprudenza interamericana, assumerebbero, perciò, una duplice connotazione: quella di tutelare i diritti umani protetti dal diritto internazionale e dai principi costituzionali comuni; quella di applicare, seppur in modo piuttosto blando, la responsabilità statale per l'adozione di leggi, atti o fatti che violano i diritti fondamentali dei popoli indigeni, ivi compreso la loro sovranità sulle terre originarie³²². Le comunità indigene che hanno sofferto la violazione del loro diritto fondamentale di proprietà sono, dunque, titolari del diritto a essere adeguatamente e pienamente "riparate" del torto subito. È, pertanto, legittimata una riparazione che deve essere "effettiva", nel senso che devono essere messe in atto tutte le misure, perché cessi l'ingiustizia e sia ristabilito lo *status quo ante*, garantendo la restituzione e/o la compensazione anche economica, comprensiva di tutte le sofferenze subite (spirituali, morali, economiche e sociali)³²³.

Tuttavia, in linea generale, è necessario rilevare che l'applicazione della giurisprudenza interamericana all'interno degli Stati contraenti non è del tutto automatica. Il problema di conciliare un'interpretazione uniforme della Corte con un criterio che assicuri la relativa diversità culturale, sociale e giuridica tra gli

³²¹ Con il termine "*reparation*", s'intende "*measure aimed at restoring a person and/or a community of a loss, harm or damage suffered consequent to an action or omission*". La definizione è dell'*Oxford English Dictionary*. Sull'argomento, F. Lenzerini, *Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative law: an introduction*, in F. Lenzerini (a cura di), op.cit., p. 12.

³²² F. Lenzerini, op.cit., p. 11. Sulla sovranità dei popoli indigeni sulle terre ancestrali, si rinvia a: F. Lenzerini, *Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples*, in *Texas International Law Journal*, n.42, 2006, pp. 155 e ss.

³²³ UN Doc.E/CN.4/2005/102/Add.1, Principle 34. Sulle compensazioni e le riparazioni delle sentenze della Corte Interamericana, si rinvia a: G. Donoso, *Inter-American Court of Human Rights' Reparation Judgements. Strengths and challenges for a comprehensive approach*, in *Revista IIDH*, vol.49, n.29, 2010.

Stati è fortemente sentito. Inoltre, il disegno istituzionale del regime interamericano non riflette gli equilibri politici della regione e rimangono ancora profonde divisioni.

La Corte interamericana, a differenza della Corte europea dei diritti umani, non ha sviluppato una linea comune che intervenga con le sue pronunce nel rispetto dell'autonomia degli Stati, promuovendo la pluralità interpretativa entro un certo "limite-soglia" (la cosiddetta teoria del "margine di apprezzamento", secondo la quale agli Stati è concessa una libertà di azione e di manovra entro un "confine" stabilito, al di fuori del quale si verifica una violazione della Convenzione EDU). Al contrario, le teorie derivanti dal regime interamericano sembrano adattarsi a un contesto di diversità culturale, politica e sociale, in modo da permettere una risposta equilibrata alle critiche relative al *deficit* democratico delle istituzioni internazionali³²⁴. Per favorire ciò, la Corte ha sviluppato una nuova tutela, che fa riferimento alle norme di *soft law*, tale da imporre una "forza persuasiva" sugli Stati latino-americani³²⁵. Quest'approccio, chiamato *doctrina de deferencia*, infatti, è basato sulla promozione e sull'utilizzo degli strumenti propri di *soft law* per permettere l'armonizzazione delle comunità politiche locali con gli *standard* democratici derivanti dalla protezione dei diritti umani³²⁶.

Inoltre, il sistema interamericano ha carattere sussidiario e complementare: la tutela e la promozione dei diritti umani è obiettivo esclusivo degli Stati³²⁷. Quest'ulteriore linea interpretativa trova rispondenza nella dottrina giuridica del cosiddetto "controllo di convenzionalità" (*doctrina del control de convencionalidad*), secondo la quale sarebbe esclusivo compito dei giudici e dei tribunali nazionali vegliare sull'interpretazione e sull'applicazione della normativa locale in conformità con i principi della Convenzione interamericana e, di

³²⁴ A.B. Cal y Mayor, W. Villa Rivera, P. Ortiz, A. Chirif, P. García, X. Albó, *Movimientos indígenas en América Latina. Resistencia y nuevos modelos de integración*, IWGIA, Copenaghen 2011.

³²⁵ P.D. Colmegna, *Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos*, Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Vol.VI, n.8, 2012, p.32.

³²⁶ J.F.G. García e S. R. Verdugo, *Radiografía política al sistema interamericano de derechos humanos*, Libertad y Desarrollo, n.7, 2011, p. 31.

³²⁷ AA.VV., *Diálogos. El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Eudeba, Buenos Aires 2013.

conseguenza, anche con le decisioni della Corte interamericana³²⁸.

³²⁸ O. Ruiz Chiriboga e G. Donoso, *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, Corte IIDH, p. 12; J.D. Castrillón Orrego, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas*, in M. Becerra Ramírez (a cura di), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México 2007, pp. 143-204.

Conclusioni

*"Il potere scaturisce fra gli uomini quando agiscono insieme,
e svanisce quando si disperdono".
(Hannah Arendt, "La vita della mente"³²⁹)*

Quando, negli anni '30 del XX secolo, l'antropologo francese Claude Lévi-Strauss³³⁰ affrontò un viaggio che lo avrebbe portato nel cuore dell'America meridionale alla ricerca delle radici della "indigenità", nessuno poteva ancora immaginare quanto tali ricerche sarebbero state fondamentali per lo sviluppo giuridico della protezione dei diritti umani e per il riconoscimento dei popoli indigeni come soggetti di diritti peculiari, connessi alle proprie caratteristiche. Né, tantomeno, si aveva ancora contezza del recente discorso sui "beni comuni", la cui appartenenza non è legata né al pubblico né al privato, ma alla sopravvivenza di un'intera comunità.

Oggi, antropologia e diritto internazionale sono concordi nel ritenere che una caratteristica fondamentale per definire i popoli indigeni sia la loro relazione con la terra, *"un vincolo essenziale, che alimenta e mantiene l'identità culturale di questi popoli"*³³¹. La terra cosiddetta "indigena" non è solo un semplice *"strumento di produzione agricola"*, ma è intesa come *"spazio geografico e sociale, simbolico e religioso"* con il quale è connessa l'esistenza storica e l'auto-identificazione di questi popoli³³².

Questa nuova sensibilità ha portato a liberare l'indigenità dalle caratteristiche problematiche dovute a un processo di integrazione sociale "a ogni

³²⁹ H. Arendt, *La vita della mente*, Il Mulino, Bologna 1987.

³³⁰ La ricerca a cui si fa riferimento è oggetto della trattazione di C. Lévi-Strauss, *Tristi Tropici*, Il Saggiatore, Milano 2008.

³³¹ V. Bazán, op.cit., p. 157.

³³² Idem, p. 158.

costo", valorizzando, invece, la sua ricchezza peculiare, anche ai fini della costruzione di un nuovo diritto. Infatti, la cultura tradizionale indigena, il rapporto simbiotico con la terra, la gestione comunitaria delle risorse naturali costituiscono quel *quid* che rende particolarmente interessanti sia le nuove esperienze costituzionali latino-americane, sia i recenti interventi delle giurisprudenze nazionali e internazionali³³³ sulla questione indigena.

In generale, nel panorama internazionale³³⁴, l'asse della tutela dei popoli indigeni si è spostato dal mero riconoscimento della "componente nativa"³³⁵ in luoghi successivamente occupati e governati con sistemi giuridici diversi dalle consuetudini tribali al riconoscimento, anche "costituzionale", dei diritti dei popoli indigeni.

Nell'intera area latino-americana è avvenuto, però, un passaggio ulteriore. Il riconoscimento costituzionale dei diritti dei popoli indigeni è coinciso con il riconoscimento del diritto consuetudinario indigeno, cioè di quella prassi giuridica derivante dagli usi e dai costumi indigeni e non in contrasto con i diritti umani tutelati dal diritto internazionale e dai diritti nazionali. Di conseguenza, anche il rapporto con la terra rientra nell'ambito della consuetudine giuridica di matrice indigena, riconosciuta a livello costituzionale. Infatti, partendo proprio dal rapporto simbiotico tra popolo ancestrale e terra di appartenenza, trova la sua legittimazione costituzionale il diritto di proprietà di un territorio in capo a una comunità nativa che ivi riconosce la sua "storicità".

Garantire la proprietà ancestrale delle comunità indigene collima, nella quasi totalità dei casi, con il riconoscimento del *modus* proprietario indigeno, un regime di proprietà che va al di là della dimensione pubblicistica e privatistica e integra in sé la complessità del *common*, così come teorizzato da Hardin e

³³³ Si tratta sia di pronunce di giudici nazionali in diverse parti del pianeta (sono state analizzate, nella trattazione, sentenze di tribunali latino-americani, ma anche di tribunali nordamericani, australiani, scandinavi, etc...), sia di pronunce di Corti internazionali, come la Corte interamericana dei diritti umani.

³³⁴ È doveroso notare che esistono vistose eccezioni in diverse zone dell'Asia (per esempio, i Keren della Thailandia) e dell'Africa, dove la tutela dei popoli indigeni garantita dal diritto internazionale fatica ancora a trovare gli strumenti giuridici adeguati a livello nazionale.

³³⁵ Si preferisce qui usare il termine generico "componente nativa" per non creare confusione con le differenti localizzazioni dei popoli indigeni e le loro diverse denominazioni.

Ostrom³³⁶. La terra, infatti, nella visione indigena, è individuata come una risorsa scarsa e materiale, ma necessaria per la sopravvivenza di un'intera comunità, che deve essere utilizzata, perciò, in modo equo e responsabile, tale da preservarne il suo valore senza distruggerla. Pertanto, la stessa cultura indigena elabora nella gestione comunitaria della Madre Terra una soluzione endogena, che anticipa le risposte ostromiane sulla teoria dei *commons*: la gestione della proprietà comune identifica non tanto la proprietà di tutti, quanto la proprietà di nessuno. Il sistema di gestione indigena è, in teoria, una *governance* auto-organizzata di successo, che si coniuga radicalmente con il principio di "policentricità" della funzione pubblica individuato dalla Ostrom e con le regole generali di gestione delle *common pool resources*. La terra storica indigena, infatti, ha dei confini ben delimitati e la comunità storica che la reclama si auto-riconosce e si auto-organizza su di essa; la variabile culturale si impone nelle relazioni individui/ambiente e costi/benefici; le scelte sono prese collettivamente; il monitoraggio della comunità è continuo, assicurato anche da un adeguato sistema sanzionatorio, che si fonda sulla comunità stessa e sulle sue tradizioni culturali³³⁷.

Le recenti esperienze costituzionali latino-americane legittimano formalmente le comunità indigene come soggetti di diritto e proprietari delle terre storicamente rivendicate. Tale riconoscimento coincide anche con la legittimazione dell'esercizio comunitario del *common terra*. Si può parlare, quindi, di una vera e propria "costituzionalizzazione" del bene comune. Ciò comporta, automaticamente, un superamento del classico concetto di proprietà privata, dal momento che la consuetudine indigena non contempla il diritto di proprietà di derivazione romanistica, ma anche della proprietà statalizzata e pubblica. È, dunque, individuata una "terza via", alternativa al liberalismo capitalista e al collettivismo di stampo socialista, un *tertium genus* di beni quasi-categorizzati³³⁸.

In America latina, tutte le terre comprese nelle cosiddette "restituzioni

³³⁶ Si rinvia alle opere di: G. Hardin, *The Tragedy of Commons*, Science n. 162/1968; E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Marsilio editore, Venezia 2006. Sul bene comune terra, invece, si rinvia a: V. Shiva, *Il bene comune terra*, Feltrinelli, Milano 2012.

³³⁷ Sul principio di policentricità e sulle *common pool resources*, si rinvia a: E. Ostrom, op.cit.

³³⁸ A. Ciervo, *Ya basta! Il concetto di comune nelle costituzioni latino-americane*, in M.R. Marella (a cura di), op.cit.

indigene", perché individuate come terre storiche, sono gestite in regime di proprietà comunitaria, mentre le risorse naturali, individuate in esse, sono gestite in modo comunitario, responsabile ed ecosostenibile, secondo la tradizione indigena.

Tale modello può rivelare una risposta particolarmente efficace alla problematica ambientale del *climate change*. Infatti, nel trovare una soluzione alternativa a privato e pubblico e nell'uniformarsi al concetto indigeno di Madre Terra, la Natura stessa diventa personificata non solo come oggetto di diritti, ma anche come soggetto titolare di diritti propri, con strumenti giuridici adeguati per il loro esercizio. Si tratta di una lettura molto più avanzata delle classiche teorie ecologiche, oggi al vaglio di numerosi studi da parte di organismi internazionali (in primis, le Nazioni Unite), per rispondere all'emergenza ambientale odierna, che minaccia la trasformazione del pianeta³³⁹. D'altronde, gli indigeni sono stati da sempre i migliori protettori della natura, con la quale vivono tuttora in armonia e simbiosi. Perciò, è forse possibile trovare nella cultura indigena e nell'utilizzo responsabile delle risorse naturali quegli elementi e quegli strumenti necessari perché la natura possa essere preservata in modo corretto.

Il superamento della dicotomia capitalismo/statalismo nella gestione dei beni e il tentativo di sfruttare le risorse naturali in modo equo e responsabile sono due dei motivi che rendono particolarmente interessante la proprietà comunitaria indigena della terra e appetibile il modello comunitario della cultura indigena. Il problema è la difficile esportazione altrove di un *modus* così legato a schemi antropologici tradizionali della cultura indigena. Essenzialmente, la terra è gestita in comunità perché bene comune di un gruppo che riconosce il suo legame storico con quella particolare terra e che, perciò, reclama il diritto di gestirla e il dovere di preservarla. L'utilizzo in modo equo e responsabile delle risorse naturali è legato al rapporto armonico tra natura e uomo, tipico della cultura indigena. Si tratta, pertanto, di connotazioni fortemente culturali, quasi del tutto avulse dalla tradizione giuridica continentale e, quindi, difficilmente "esportabili", ma da cui

³³⁹ In questa direzione, è andata, per esempio, la Conferenza delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del settembre 2014, svoltosi in contemporanea al *summit* sull'ambiente e il cambiamento climatico.

sarebbe, comunque, possibile ricavare dei principi ispiratori per innovare, almeno parzialmente, i nostri modelli giuridici.

Il modello proprietario indigeno, basato sulla comunità proprietaria dei beni, individua e legittima, l'esistenza dei diritti comunitari, che integrano necessariamente la protezione dei diritti individuali e dei diritti collettivi. I diritti comunitari sono peculiari di un determinato gruppo che si riconosce nelle medesime caratteristiche e nella medesima *communio* sociale e antropica, a cui è legata la sopravvivenza di ogni singolo componente. Ogni nativo, infatti, sa che la propria preservazione dipende dalla preservazione della comunità stessa, nella quale si riconosce come parte integrante e che, al tempo stesso, lo riconosce come elemento fondamentale della sua composizione. Pertanto, è necessario che la comunità sia protetta perché siano tutelati e garantiti i diritti di tutti i suoi membri. Con simili premesse, è possibile leggere la forte responsabilizzazione politica, economica e giuridica delle comunità e dei loro membri.

Dal punto di vista politico, le comunità indigene conoscono oggi i propri diritti e ne reclamano il riconoscimento e la protezione, anche in via legislativa, oltre che l'attuazione delle tutele costituzionali. In America latina, le comunità indigene, inoltre, hanno avuto un ruolo fondamentale nella trasformazione in senso democratico degli Stati e nella formazione/revisione dei recenti testi costituzionali, improntati alla lettura della società in chiave indigena³⁴⁰. Ultimamente, in tutto il pianeta, sono aumentate le associazioni e le organizzazioni indigene che reclamano un maggiore intervento statale in campo sanitario, educativo, lavorativo e socio-assistenziale per gli abitanti indigeni, spesso costretti a situazioni di marginalità e precarietà. Infatti, ancora oggi, malgrado l'apertura al riconoscimento dei diritti degli indigeni, un'elevata percentuale di etnia indigena, in tutto il mondo, è al di sotto della soglia di povertà, oppure vive in zone prive di collegamenti e/o di servizi sanitari, scolastici, socio-assistenziali. Sono elevati, inoltre, i picchi di disoccupazione e di discriminazione, soprattutto femminile, in campo lavorativo. Il ruolo delle

³⁴⁰ In questo senso, hanno avuto una particolare influenza sulle cosiddette "Costituzioni indigene" di Bolivia ed Ecuador, che si sono ispirate ai valori della cultura indigena.

associazioni indigene diventa oggi estremamente importante per invocare una maggiore attenzione alle condizioni degli indigeni da parte della politica.

Dal punto di vista economico, utilizzando gli elementi della cultura indigena nella gestione economica e imprenditoriale dei beni comuni, diverse comunità sono risultate particolarmente "virtuose", dimostrando di essere in grado di innovare le proprie tecnologie nel rispetto dell'ambiente e di ottimizzare, al tempo stesso, il profitto, tanto da essere competitive sul mercato. Alcune comunità maori in Nuova Zelanda, ad esempio, hanno incentivato la propria competitività nel campo della *green economy*³⁴¹.

Dal punto di vista giuridico, la responsabilizzazione delle comunità indigene ha portato a un incremento delle azioni legali per reclamare la protezione effettiva dei diritti tutelati dalle norme costituzionali e dal diritto internazionale e per garantire la proprietà comunitaria sulle terre ancestrali.

Questa situazione è particolarmente evidente in America latina. Infatti, seppur i diritti dei popoli indigeni e la consuetudine indigena hanno ricevuto formalmente un riconoscimento costituzionale, le garanzie delle odierne costituzioni faticano ancora a diventare effettive nella realtà. I regimi dittatoriali e militari, che hanno segnato la storia del '900 in gran parte dell'America latina, le continue crisi economiche e la precaria stabilità politica hanno spesso ostacolato l'effettività della tutela garantita dalle norme costituzionali. I popoli indigeni, però, oggi sono responsabilizzati politicamente e coscienti dei diritti loro garantiti dalle carte costituzionali. Ciò li ha responsabilizzati anche giuridicamente: le comunità indigene sono pronte ad agire per vie legali, per ottenere l'effettivo riconoscimento dei propri diritti. L'evoluzione recente della giustizia costituzionale, con il modello giurisdizionale-costituzionale degli *amparo*, ha permesso un incremento di ricorsi contro atti, fatti, ma anche leggi, ritenute lesive dei diritti costituzionali. In alcuni casi, è previsto l'utilizzo del ricorso per *amparo* anche da parte di intere

³⁴¹ L'economia maori gestisce oggi un capitale che si aggira intorno ai 40 miliardi di dollari ed è in continua crescita. Le comunità maori si sono costituite in vere e proprie società di capitali e persone (così, Take Miraka, Sealord e Kono), che, applicando le strutture della cultura indigena e dell'ecosostenibilità (energia rinnovabile, riciclo, materiali non inquinanti), hanno innovato la produzione e l'esportazione, anche su scala internazionale, di diversi prodotti naturali. I dati in mio possesso sono del 2015 e sono rinvenibili presso il sito nzte.govt.nz.

collettività³⁴². Nella trattazione, ho fatto riferimento ad alcuni casi particolarmente rilevanti in cui la giurisprudenza degli *amparo* costituzionali ha contribuito a "integrare" la tutela formale del diritto alla terra ancestrale dei popoli indigeni in Argentina.

Tuttavia, le contraddizioni dell'America latina sono ancora numerose e profonde, tali da non garantire la tutela del diritto alla terra e, nello specifico, la restituzione delle terre originarie alla popolazione indigena, così come contemplato dai testi costituzionali. Le nuove democrazie, che si sono formate in seguito alla caduta progressiva dei regimi autoritari, sono ancora molto giovani e non vantano un apparato burocratico-amministrativo totalmente rinnovato: pochi sono gli *homines novi* e molti quelli legati alla politica ante-democratizzazione. Il livello di corruzione in tutta l'America latina, inoltre, è ancora molto elevato e difficilmente superabile e i lunghi regimi autoritari precedenti hanno lasciato debole il sistema partitico, favorendo la costruzione di governi fondati sulla figura di un leader carismatico³⁴³.

Il processo di transizione alla democrazia si è solitamente accompagnato a una tendenziale volontà di ripresa economica, al fine di uscire dalle continue crisi economiche e finanziarie dei regimi dittatoriali e di riportare i Paesi latino-americani a essere competitivi su scala internazionale. Naturalmente, questo ha fatto prediligere i canoni di una politica economica fortemente liberista, incentivata da capitali provenienti dall'estero e da multinazionali, pronte a investire sulle ricche risorse latino-americane, mentre sono finite in secondo piano la questione indigena e l'inclusione sociale nel mercato. Diventa improbabile e altamente anti-economico, perciò, garantire la redistribuzione alle comunità indigene, in forma gratuita, di terre potenzialmente attrattive per gli investitori esteri, a causa della quantità e della varietà di risorse naturali, rinunciando alla possibilità di un guadagno economico a beneficio dello Stato. Un esempio è dato

³⁴² E. Roza Acuña, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America latina*, Giappichelli, Torino 2006.

³⁴³ A.M. Bernini, *Partiti, sistemi partitici e transizioni costituzionali: le esperienze degli ordinamenti di Europa centro-orientale, Asia, Africa e America latina*, Bonomo editore, Bologna 2008, p. 298. Si rinvia anche a: S. Mainswaring *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge University Press, p. 71.

dall'Argentina, dove, per superare la crisi economica, si è fatto affidamento a capitali cinesi, statunitensi ed europei, volti all'insediamento di aziende nel Paese e al raggiungimento della competitività in campo energetico. Così, sono state permesse trivellazioni petrolifere nelle terre patagoniche formalmente appartenenti agli indigeni.

Inoltre, in molti casi, si tratta di terre che sono state legittimamente acquistate, da decenni, da privati e questo comporta che non è sempre possibile procedere a spogliazione e/o a requisizione della proprietà privata, pur dietro pagamento di indennizzo. Ciò, infatti, provocherebbe un effetto domino di notevoli dimensioni, facendo perdere la proprietà e il lavoro a molte persone e contribuendo alla chiusura delle imprese locali, con complesse conseguenze dal punto di vista sociale (aumento della povertà, trasferimento delle masse senza lavoro nelle città, criminalità e spinta all'emigrazione)³⁴⁴. È il caso di Paraguay e Brasile, dove diverse aree sono ancora gestite a latifondo per la coltivazione della canna da zucchero.

Un grande incentivo per la protezione dei diritti dei popoli indigeni in America latina è provenuto recentemente dalla giustizia internazionale e, in particolare, da quella regionale della Corte interamericana. Ho dedicato un intero capitolo della presente trattazione al lavoro della Corte in merito al diritto di proprietà ancestrale delle comunità indigene e al riconoscimento del legame storico tra popolo e terra. Il lavoro della Corte, infatti, ha acquisito una notevole importanza a partire dagli anni '90 del XX secolo, trainando il "rinnovamento democratico" dell'America latina. La giurisprudenza interamericana ha contribuito a integrare la tutela formale delle Costituzioni latino-americane, agendo sull'effettività dei diritti dei popoli indigeni. A tale scopo, nelle sue pronunce ha fatto riferimento non solo alle nuove Costituzioni democratiche dei Paesi latino-americani, ma anche alla protezione proveniente dal diritto internazionale e, in particolare, dalla Convenzione OIL n. 169/1989 e dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007.

³⁴⁴ S. Liberti, *Land Grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Minimum Fax, Roma 2011.

La Corte ha svolto, inoltre, un altro importante compito nell'evoluzione in senso democratico dell'America latina: ha legittimato la restituzione effettiva delle terre ancestrali alle popolazioni indigene reclamanti. In questo modo, ha individuato anche uno dei problemi principali che rendono difficile l'effettività dei diritti dei popoli indigeni negli Stati. La garanzia dello *status* di proprietario per le comunità indigene, infatti, premette la necessaria restituzione delle terre storiche alle comunità che le richiedono, a discapito, però, delle alienazioni e delle trasformazioni avvenute legittimamente su di esse nel tempo. Si tratta di uno scontro tra diritti tutelati costituzionalmente (così la proprietà privata come la proprietà indigena), in cui spesso solo l'intervento della Corte è capace di riequilibrare la situazione, imponendo, ad esempio, il pagamento di un risarcimento o la dazione di una terra alternativa, laddove non sia possibile la restituzione della terra ancestrale alla comunità indigena.

Bibliografia

TESTI CONSULTATI:

- Aa. Vv., *Dizionario di Diritto Pubblico Cassese*, Milano 2006
- Aa.Vv., *Diálogos. El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Eudeba, Buenos Aires 2013
- Aa. Vv., *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1988
- Aa. Vv., *Oxford English Dictionary*, Oxford University Press 2012
- G. Aguirre Beltrán, *Regiones de Refugio*, Instituto Indigenista Interamericano, México 1967
- M. Alcantara Saez, *Sobre el concepto de Países en vías de consolidación democrática*, in *Revista de estudios políticos*, 74/1991
- J. Alcina Franch, *El indianismo de Fray Bartolomé De Las Casas*, in J. Alcina Franch (a cura di), *Indianismo e indigenismo en América*, Alianza Editorial, Madrid 1990
- L.J. Alvarado, *Prospects and challenges in the implementation of indigenous peoples' human rights in international law: lessons from the Case of Awas Tingni v. Nicaragua*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n. 24(3)/2007
- J.A. Amriott, *Environment, equality and indigenous peoples' land rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua*, in *Environmental Law*, n. 32/2002
- J. S. Anaya, *International human rights and indigenous people: the move toward a multicultural State*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2004
- J. S. Anaya, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of the Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Add.: The Situation of the Sami People in the Sápmi Region of Norway, Sweden*

and Finland, Human Rights Council, A/HRC/18/XX/Add.Y, 12 gennaio 2011

- J. S. Anaya e C. Grossman, *The case of Awas Tingni v. Nicaragua: a new step in the international law of indigenous peoples*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1n. 9(1)/2002
- H. Arendt, *La vita della mente*, Il Mulino, Bologna 1987.
- C. Arroyo Landa, L. Cassetti, A. Di Stasi (a cura di), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Jovene, Università di Perugia – Dip. Diritto Pubblico 2014
- O. Arze Quintanilla, *Del indigenismo a la indianidad: cincuenta años de indigenismo continental*, in J. Alcina Franch (a cura di), *Indianismo e indigenismo en América*, Alianza Editorial, Madrid 1990
- R. Avila Ortiz, *Bolivia: la apuesta por el Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario*, in M. Carbonnel, J. Carpizo, D. Zovatto (a cura di), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamerica*, Messico 2009
- O. Ayala e M.J. Cabello, *Entre la realidad y los avances de la justicia internacional*, in CODEHUPY – Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay – Report 2006
- L.A. Baer, *The rights of indigenous peoples. A brief introduction in the context of the Sámi*, in *International Journal on Minorities and Group Rights*, 2005
- M. Ballestreros Gaibrois e J. Ullóa Suárez, *Indigenismo Americano*, Cultura Hispánica, Madrid 1961
- M.C. Barre, *Ideologías indigenistas y movimientos indios*, Siglo XXI Editores, 1983
- C.G. Barré, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América latina: un panorama*, Editorial Abya Yala, Quito 2003
- R.L. Barsh, *Indigenous Peoples: An emerging object of International Law*,

in *American Journal of International Law*, n. 80/1986

- V. Bazán, *Il riconoscimento del diritto dei popoli indigeni in Argentina*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011
- V. Bazán, *La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, vol.13, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009
- A. Bedoya Silva-Santistebán e E. Bedoya Garland, *Servidumbre por dueñas y marginación en el Chaco de Paraguay*, Rapporto OIL 2005
- J. Bengoa, *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago del Chile 2000
- A.M. Bernini, *Partiti, sistemi partitici e transizioni costituzionali: le esperienze degli ordinamenti di Europa centro-orientale, Asia, Africa e America latina*, Bonomo editore, Bologna 2008
- M. Berraondo (a cura di), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao 2006
- N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1961.
- J. Bodley, *Vittime del progresso*, Ed. UNICOPLI, Milano 1991
- G. Boggetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino 1994
- G. Bonfil Batalla, *Aculturación e indigenismo: la respuesta india*, in J. Alcina Franch (a cura di), *Indianismo e indigenismo en América*, Alianza Editorial, Madrid 1990
- G. Bonfil Batalla, *Del indigenismo de la revolución a la antropología crítica*, in *De eso que llaman antropología mexicana*, Nuevo Tiempo, México 1970
- J. Brage Camazano, *Commentario a "La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano" di Francisco Fernández Segado*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n. 8/2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004.

- C.M. Bröhmman, R. Lefeber, M.Y.A. Zieck (a cura di), *Peoples and Minorities in International Law*, Dodrecht 1993
- F.J. Broswimer, *Ecocidio. Come e perché l'uomo sta distruggendo la natura*, Carocci, Roma 2005
- V. Cabedo Mallol, *Constitucionalismo y derecho indigena en América Latina*, Colección Amadis, Madrid 2004
- O. Cabello Sarrubi, *Storia del Paraguay*, Vecchiarelli 1999
- A.B. Cal y Mayor, W. Villa Rivera, P. Ortiz, A Chirif, P. García, X. Alló, *Movimientos indígenas en América Latina. Resistencia y nuevos modelos de integración*, IWGIA, Copenaghen 2011
- F. Camara Barbachano, *Identidad y etnicidad indigena histórica*, in J. Alcina Franch (a cura di), *Indianismo e indigenismo en América*, Alianza Editorial, Madrid 1990
- R. Cammarata, *Indigeno a chi?*, Giappichelli, Torino 2012
- F. Capotorti, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Riv. Internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992
- M. Carbonnel, J. Carpizo, D. Zovatto (a cura di), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamerica*, Messico 2009
- R. Cardoso de Oliveira, *La politización de la identidad y el movimiento indígena*, in J. Alcina Franch (a cura di), *Indianismo e indigenismo en América*, Alianza Editorial, Madrid 1990
- M. Carducci, *Brasile*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2008/III
- M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità. Il nuovo constitucionalismo andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II
- T. Carothers, *The end of the transition paradigm*, in *Journal of Democracy*, vol. 13, n.1, 2002
- J.D. Castrillón Orrego, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas*, in M. Becerra Ramírez (a cura di),

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento, UNAM, México 2007

- P. Catalano (a cura di), *Da Roma a Roma. Dal tribuno della plebe al difensore del popolo. Dallo "jus gentium" al tribunale penale internazionale*, Quaderni IILA, Serie Diritto 1, Roma 2002
- J. L. Cea Egaña, *Una visión de la teoría neo constitucional*, in *Anuario Iberoamericano*, n. 8/2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004
- E. Ceccherini, *Il riconoscimento della indigenous difference nell'ordinamento costituzionale canadese*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
- E. Ceccherini, *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in G. Rolla (a cura di), *Eguali, ma diversi*, Giuffrè, Milano 2006
- M. Chase Sardi e B. Susnik, *Los indios de Paraguay*, Mapére, Madrid 1995
- N. Chomsky, *Il bene comune*, Editore Piemme, Milano 2010
- T. Christakis, *Le droit à l'autodetermination en dehors de situations de décolonisation*, Parigi 1999
- A. Ciervo, *Ya Basta! Il concetto di comune nelle costituzioni latinoamericane*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre Corte, Napoli 2012
- G. Citroni e K. I Quintana Osuna, *Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press 2008
- A. Colajanni, *Derechos de los pueblos indígenas y derechos indígenas en América Latina. Un punto de vista antropológico-jurídico sobre el futuro de los pueblos originarios del continente*, in A.L. Palmisano e P. Pustorino

- (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
- P.D. Colmegna, *Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos*, Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Vol.VI, n.8, 2012
 - J. Crawford, *The rights of peoples*, Oxford 1988
 - B. De Las Casas, *Istoria o Brevissima relatione della distruzione dell'Indie Occidentali*, Venezia 1643
 - A.R. Della Vía, *La emergencia constitucional en la Republica argentina*, in G. De Vergottini (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America latina*, Giappichelli, Torino 1997
 - G. De Marzo, *Buen vivir. Per una democrazia della terra*, Ediesse, Roma 2011
 - B. De Sousa Santos (a cura di), *Reconhecer para libertar. Os caminno do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro 2003
 - G. De Vergottini (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America latina*, Giappichelli, Torino 1997
 - G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna 1998
 - F. De Vitoria, *De Indiis et de iure belli relectiones*, Salamanca 1539
 - A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia: esperienze e modelli di giustizia post-autoritaria*, Franco Angeli Edizioni, Milano 2012
 - A. Di Lieto, *La tutela dei popoli indigeni in Africa*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
 - G. Donati, *L'evoluzione del diritto pubblico in America latina dalle origini ad oggi. La giustizia costituzionale in Sudamerica*, CEDAM, Padova 2011
 - G. Donoso, *Inter-American Court of Human Rights' Reparation Judgements. Strenghts and challenges for a comprehensive approach*, in

Revista IIDH, vol.49, n.29, 2010

- A. Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México 1994
- J. Dunkerley, *Evo Morales. The two Bolivias and the third Bolivian revolution*, in *Journal of Latin American Studies*, vol.39, n.1, 2007
- T. Duve, *La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el derecho indiano*, in M.G. Losano (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Giuffrè, Milano 2004
- M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, ISST, Parigi 1970
- A. Eide, *Legal and normative bases for Saami claims to land in the Nordic*, in *International Journal on Minority and Group Rights* 2001
- S. Errico, *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni*, in *Dir. Umani e Dir. Intern.*, n. 1/2007
- S. Errico, *L'esperienza dei paesi scandinavi: il caso del popolo Sámi*, in A.L. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
- S. Errico e B. Hocking, *Reparations for indigenous peoples in Europe: the case of the Sámi people*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for indigenous peoples. International and comparative perspectives*, Oxford 2008
- J.A. Esain, *Breve reseña de la jurisprudencia histórica en el derecho ambiental argentino*, rinvenibile online all'indirizzo farn.org.ar
- A. Escobar, *Feel-thinking with the Earth*, Ediciones Unuala, Medellin, Colombia 2014
- C. Esteva-Fabregat, *Indígenas, memoria étnicas y sociedades abiertas. Perspectivas comparadas*, in J. Alcina Franch (a cura di), *Indianismo e indigenismo en América*, Alianza Editorial, Madrid 1990

- G. Fernandes de Oviedo, *Historia general y natural de las Indias, islas y tierra firme del mar océano*, Madrid 1535
- F. Fernández Segado (a cura di), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia (Secretaría General Técnicas), Madrid 2003.
- F. Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en América latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*, in E. Ferrer McGregor (a cura di), *Derecho procesal constitucional*, Editorial Porrúa, Mexico 2002
- F. Fernández Segado, *Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del voto particular de Don Mariano Otero*, in *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 5/2006
- M. Ferreira, E. Lolli, *Mapu Terra, Terre di Mezzo*, Milano 2008
- E. Ferrer- McGregor, *El amparo iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado)*, in E. Ferrer-McGregor, H. Fix-Zamudio (a cura di), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-UNAM, Mexico 2006
- F. Fiorani, *I Paesi del Rio de la Plata: Argentina, Uruguay e Paraguay in età contemporanea (1865-1990)*, Giunti, Firenze 1992
- L. Frosina, *L'acción de amparo nell'esperienza costituzionale argentina*, in *Federalismi.it*, 19.12.2014
- I. Fuentes, *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, in *Revista CEJIL*, 2/2006
- B. Gaddes, *Initiation of New Democratic Institutions in Eastern Europe and Latin America*, in A. Lijphart e C.H. Waisman (a cura di), *Institutional Design in New Democracies: Eastern Europe and Latin America*, Boulder, Oxford 1996

- J.F. Gálvez, *Lo sviluppo dei diritti indigeni in Perù*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011
- S. Gambino e C. Amirante (a cura di), *Il Canada: un laboratorio costituzionale. Federalismo, Diritti, Corti*, Cedam, Padova 2000
- J.M. Garcia Añoveros, *La idea, "status" y función del Indio en Juan de Solozarno Pereira*, Madrid 1996
- F. García Serrano, *La situazione giuridica dei popoli indigeni nella nuova costituzione ecuadoriana*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011
- J.F. García e S. Verdugo, *Radiografía política al sistema interamericana de DD.HH.*, Serie Informe Justicia, Santiago del Cile 2011
- M. Gómez, *Indigenous peoples and psychosocial reparation: the experience with Latin-American indigenous communities*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford 2008
- J.A. González Galván, *I diritti indigeni in Messico dopo la riforma costituzionale del 2001*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011
- J.A. González Galván, *Los sistemas jurídicos indígenas y los derechos humanos. Paradojas en el discurso del movimiento índio en México*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.123, D.F., IJJ-UNAM, Mexico 2008
- L. Gutiérrez, *Constitución del Estado plurinacional de la Republica del Ecuador*, CO.NA.IE, 2007
- H. Hannum, *New Developments in indigenous rights*, in *American Journal of International Law*, n. 80/1986
- G. Hardin, *The Tragedy of Commons*, *Science*, n. 162/1968
- J. Harrington, *Voiding Human Rights: citizenship and discrimination in Africa*, in www.justiceinitiative.org

- H.J. Heintze, *Völkerrecht und Indigenous Peoples*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 1990
- R. Hernández Valle, *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid 2011
- A.M. Hespanha, *Sabios y rústicos. La dulce violencia de la cultura en la edad moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993
- H.R. Horn, *Generaciones de derechos fundamentales en el Estado constitucional cooperativo. Contribuciones iberoamericanas al constitucionalismo*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 8/2004
- S. Huntington, *La terza ondata: i processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna 1998
- C.J. Iorns Magallanes, *Indigenous Peoples and Self-Determination: Challenging State Sovereignty*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol.24, n.2, 1992
- C.J. Iorns Magallanes, *International Human Rights and their impact on domestic law on indigenous peoples' rights in Australia, Canada and New Zealand*, in P. Havemann (a cura di), *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, Oxford University Press, Auckland 1999
- F. Isa Gómez (a cura di), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao 2003
- A. Jiménez, *Imagen y culturas: consideraciones desde la antropología ante la visión del indio americano*, in Aa. Vv., *La imagen del indio en la Europa moderna*, Consejo superior de investigaciones científicas, Sevilla 1990
- D. Johnston, *Native rights as collective rights: a question of group self-preservation*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol.II, n.1, 1989

- S.B. Kaye, *The Torres Strait Islands: Constitutional and sovereignty questions post-Mabo*, in *University of Queensland Law Journal*, n. 18/1994
- S. Krakoff, *A brief introduction to federal American Indian law and its effect on American Indian Tribal law*, in A.L. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
- W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna 1999
- G. La Ferrara, *Difesa della Costituzione e controllo internazionale degli Stati d'eccezione nei Paesi dell'America latina*, in G. De Vergottini (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America latina*, Giappichelli, Torino 1997
- P. Lambert e A. Nickson (a cura di), *The Paraguay Reader: history, culture and politics*, Duke University Press 2012
- S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011
- S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011
- V.M. Lauriola, *Tierras indígenas, propiedad común, pluralismo jurídico e sustentabilidade. Considerações de Raposa entre oportunidades e riscos de etnocentrismo*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, n. III/2011
- D. Lee Van Cott (a cura di), *Indigenous peoples and democracy in Latin America*, St. Martin Press, New York 1994
- F. Lenzerini, *Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative law: an introduction*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford 2008
- F. Lenzerini, *Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples*, in *Texas International Law*

Journal, n.42, 2006

- A. Levaggi, *Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el siglo XIX*, in A. Levaggi (a cura di), *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires 1990
- C. Levi-Strauss, *Tristi Tropici*, Il Saggiatore, Milano 2008
- S. Liberti, *Land Grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Minimum Fax, Roma 2011
- P. Linebaugh, *The Magna Charta Manifesto: Liberties and Commons for all*, University of California Press, Berkeley 2007
- A. Lira González, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, FCE, Mexico 1972
- F. Lizcano Fernández, *Iberoamérica: un área cultural heterogénea*, Universidad Autónoma del Estado de México 2007
- M. Losano, *Peronismo e giustizialismo: dal Sudamerica all'Italia, e ritorno*, Diabasis, Parma 2008
- M. Losano e M. Rosti (a cura di), *L'indipendenza sudamericana e la democrazia difficile*, Università degli Studi di Milano.
- A. Lucarelli, *Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2007
- F. MacKay, *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, IWGIA, Copenaghen 2002
- P. Macklem, *Indigenous difference and the Constitution of Canada*, University of Toronto Press 2011
- S. Mainswaring *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge University Press 1997
- F. Marcelli, *Le Nazioni Unite e i diritti degli indigeni*, in F. Marcelli (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni*, Aracne editrice, Roma 2009
- N.D. Marcionni, *Una mappa stellare per l'America latina: 3 D per orientare il consolidamento di processi imprescindibili*, in *Dir. Pubbl.*

Comp. Ed Eur., n. II/2012

- M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre Corte, Napoli 2012
- C.F. Marés De Souza Filho, *I popoli indigeni e il diritto brasiliano*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011
- A.D. Marroquín, *Balance del Indigenismo*, Instituto Indigenista Interamericano, México 1977
- G.E. Martínez-Solanas, *Plebiscitos en América Latina: Una breve reseña*, 16 settembre 2005, in democraciaparticipativa.net
- M.P. Martini e F. Mayorga Garcia, *Los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras de comunidad. Del nuevo reino de Granada a la República de Colombia*, in M. Losano (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Giuffrè, Milano 2004
- U. Mattei, *Beni comuni, Un manifesto*, Laterza, Roma 2011
- M. Mazza, *Diritto Polare*, Filo Diritto Editore, Bologna 2014
- M. Mazza, *I diritti degli indigeni saami all'uso comune delle terre nel Finnmark (Norvegia del Nord)*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2013
- M. Mazza, *I diritti degli indigeni sulle risorse naturali ed energetiche negli Stati artici. Profili internazionali e comparati*, Jovene, Napoli 2012
- M. Mazza, *La condizione giuridica dei popoli indigeni nell'ordinamento canadese*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2004
- M. Mazza, *La Corte Suprema su boschi, indigeni, diritti ancestrali e treaty rights*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2005
- M. Mazza, *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di common law*, CEDAM, Padova 2004
- M. Mazza, *La "terra del sogno" ed il suo legame ancestrale con la popolazione aborigena australiana: riflessi costituzionali sul sistema di*

diritto statutale vittoriano, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.* 2005

- M. Mazza, *Percorsi di ricerca del diritto polare*, Jovene, Napoli 2011
- R. Menchú Tum, E. Burgos (a cura di), *Mi chiamo Rigoberta Menchú*, Giunti, Milano 1996.
- S.E. Merry, *Legal pluralism*, in *Law and Society Review*, vol.5, n.V, 1988.
- L. Mezzetti, *America Latina*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma 2009.
- L. Mezzetti, *Il diritto dell'acqua negli ordinamenti dei Paesi latinoamericani: evoluzioni recenti e prospettive*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, n.II/2012
- L. Mezzetti, *La dottrina latino-americana in tema di Forma di Stato*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, n. II/2000
- L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Cedam, Padova 2003
- L. Mezzetti, *Transizioni costituzionali e consolidamento democratico*, in L. Mezzetti, *Le democrazie incerte*, Giappichelli, Torino 2000
- L. Mezzetti, *Transizione costituzionale e consolidamento democratico in America latina agli albori del XXI secolo*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, n. IV/2006
- H. Minde, *Sámi land rights in Norway: a test case for indigenous peoples*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2001
- F. Morales Padrón, *Historia general de América*, Espasa Calpe, Buenos Aires 1962
- S. Morgenstern e B. Nacif (a cura di), *Legislative politics in Latin America*, Cambridge University Press 2002
- L. Morlino, *Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis*, in *Revista española de investigaciones sociológicas*, n.35/1986
- G.T. Morris, *In support of the right of self-determination for indigenous peoples under international law*, in *German Yearbook of International Law*, n.29/1986

- A. Negri e Cocco, *Global. Biopotere e lotte in America latina*, Il Manifesto libri, Roma 2006.
- L. Nesti, *Lo status giuridico dei popoli indigeni del Cile. Il caso dei Mapuche*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, n.III/2000
- B. Nickels, *Native American freepassage rights under the 1794 Treaty: survival under States statutory law and Canadin common law*, in *Boston College of International and Comparative Law Review*, n.2/2000
- C.S. Nino, *Un País al marrgen de la ley*, Emecé, Buenos Aires 1992
- L.A. Nocera, *Paraguay. Approvata legge per la restituzione delle terre ancestrali alle popolazioni indigene Sawhoyamaxa*, DPCEonline, n.3/2014
- L.A. Nocera, *Ultimi orientamenti giurisprudenziali in Argentina sul diritto alla terra delle popolazioni indigene*, DPCE online, n.3/2015
- L.A. Nocera, *Un modo per gestire i beni comuni: la terra dei popoli indigeni nelle più recenti esperienze costituzionali dell'America latina*, in G. Bottino, M. Cafagno, F. Minazzi (a cura di), *Contributi e riflessioni sui beni comuni*, Mimesis, Milano – Udine 2016.
- M. Nuñez Poblete, *Diritto e diritti dei popoli indigeni nel Cile repubblicano*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011
- G. O'Donnell e P.C. Schmitter, *Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*, The John Hopkins University Press, Baltimora/Londra 1986
- O. Olivera e T. Lewis, *Cochabamba! Water war in Bolivia*, South End Press, Cambridge 2004
- J.E.R. Ordóñez Cifuentes (a cura di), *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, XIII Jornadas Lascasianas Internacionales, Universidad Nacional Autonoma de Mexico 2005
- L. Ossio, *Problemi e prospettive normative dei diritti indigeni in Bolivia*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011

- E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Marsilio editore, Venezia 2006
- M. Ozden (a cura di), *The right to land*, Human Rights Programme of the Europe-Third World Centre (CETIM), 2013
- V.F. Palermo e J. Woelck, *Diritto Costituzionale Comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova 2011
- A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
- G. Palmisano, *Nazioni Unite e autodeterminazione interna*, Giuffrè, Milano 1997
- L. Paoloni, *Land Grabbing e beni comuni*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre Corte, Napoli 2012
- S. Pennicino, *La rilevanza del diritto autoctono negli ordinamenti di Stati Uniti e Canada*, in G. Poggeschi (a cura di), *Le iperminoranze*, Pensa Editore, Lecce 2012
- J.D. Perón, *L'ora dei popoli*, Pagine, Roma 2013
- M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e nuevo constitucionalismo in America Latina*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, n.II/2012
- R. Pisillo Mazzeschi, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici, Atti del Convegno Internazionale (Siena 4-5 giugno 2007)*, IILA, Roma 2008
- E. Prieto, *Derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en Países independientes*, Edición de Iniciativa Amotocodie, 2006/2009
- E. Prieto, *La repubblica del Paraguay e i diritti dei popoli indigeni*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011
- C. Proner, *El Estado plurinacional y la Nueva Constitucion Boliviana*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, 2012/II

- P. Pustorino, *Questioni in materia di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, n.2/2006
- P. Pustorino, *Sviluppi sulla protezione internazionale dei popoli indigeni: la Dichiarazione ONU del Consiglio sui diritti umani*, in A.L. Palmisano (a cura di), *Identità linguistica dei popoli indigeni del MER.CO.SUR. come fattore di integrazione e sviluppo*, Quaderni IILA, n.31, Roma 2007
- A.D. Ramírez, *El caso de la comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, in *Revista IIDH*, n.41/2005
- A. Reposo, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo. Appunti di un comparatista*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n.8/2004
- F. Rivera e K. Rinaldi, *Peublo Saramaka v. Surinam: El derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblo*, in *Revista CESJIL*, n.4/2008
- S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma 2012
- F. Roiatti, *Il nuovo colonialismo. Caccia alle terre coltivabili*, Università Bocconi Edizioni, Milano 2010
- G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, n.II/2012
- G. Rolla, *The two souls of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *International Journal of Canadian State*, n.36/2007
- C. Romero, *El proceso constituyente boliviano. El hito de la cuarta marcha de tierras bajas*, CEJIS, Santa Cruz 2005
- A. Rosenblat, *La población indígena y el mestizaje en América: La población indígena 1492-1950*, Tomo I, Editorial Nova, Buenos Aires 1954
- M. Rosti, *Gli indios e la terra nell'attuale Costituzione argentina*, in M. Losano (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Giuffrè, Milano 2004
- M. Rosti, *La riforma costituzionale argentina del 1994: bilancio di un quinquennio*, in *Dir. Pub. Comp. Ed Eur.*, 2000/III

- M. Rosti, *L'esperienza normativa nei Paesi del MER.CO.SUR.*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
- M. Rosti, *L'evoluzione giuridica dell'Argentina indipendente*, Unicopli, Milano 1994
- M. Rosti, *Modelli giuridici nell'Argentina indipendente 1810-1910*, Giuffrè, Milano 1999
- M. Rosti, *Reparations for Indigenous Peoples in Two Selected Latin American Countries*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press 2008
- E. Rozo Acuña, *Il costituzionalismo in vigore nei Paesi dell'America latina*, Giappichelli, Torino 2012
- E. Rozo Acuña, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America latina*, Giappichelli, Torino 2006
- O. Ruiz Chiriboga e G. Donoso, *Pueblos Indígenas y la Corte interamericana: Fondo y Reparaciones*, Corte Interamericana ediciones
- R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna 2007
- R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino 1992
- F. Salvini, *Sumak Kawsay, ovvero la politica di vivere felici*, in eipcp.net
- D. Sanders, *Article 27 and the aboriginal people's of Canada*, in *Multiculturalism and the Charter: a legal perspective*, Canadian Human Rights Foundation Ed., Toronto, 1987
- C. Santos e A. Villareal, *Uruguay: la vittoria delle lotte sociali per l'acqua*, in A. De Sanctis (a cura di), *Acqua: per un modello pubblico di gestione. Successi, lotte e sogni*, Teramo 2006
- S. Sarè, *OAU's Model Law. Lo schema legislativo dell'Unione Africana per salvaguardare le comunità agricole tradizionali. Analisi e qualche commento*, in *Africa: rivista trimestrale di studi e documentazione*, 2007

- S. Schipani, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo*, in G. Visintini (a cura di), *Il diritto dei Nuovi Mondi*, CEDAM, Padova 1992
- S. Schipani, *Riconoscimento del sistema. Interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, 21/2007
- T. Scovazzi, *Kawanatanga e Rangatiratanga: a proposito del Trattato di Waitangi*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994
- V. Shiva, *Il bene comune terra*, Feltrinelli, Milano 2012
- D. Short, *Reconciliation, assimilation and the indigenous peoples of Australia*, in *International Political Science*, 4/2003
- M.S. Shugart e J.M. Carey, *Presidents and Assemblies. Constitutional Designs and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992
- M. Soane, *Argentina: Paese dei paradossi*, Laterza, Roma 2004
- Sofocle, *Antigone*, Rizzoli, BUR, Milano 2003
- R. Stavenhagen, *Derecho consuetudinario indígena en América Latina*, in R. Stavenhagen e D. Iturralde (a cura di), *Entre la ley y el costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Istituto Indigenista Interamericano, Messico 1990
- R. Stavenhagen, *The ethnic question. Conflicts, development and human rights*, United Nations University Press, Tokyo 1990
- J. St.German, *Indian Treaty-making Policy in the United States and in Canada, 1867-1877*, Lincoln 2001
- C. Storini e A. Noguera, *Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, n. II/2008
- E.H. Tiller e F.B. Cross, *What is legal doctrine?*, in *Northwestern University Law Review*, vol.100, n.1, 2006
- C. Todorov, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Einaudi 1984

- A. Tommaselli, *Tutela dei popoli indigeni in America latina: equilibrismi tra costruzioni costituzionali e standard internazionale*, in G. Poggeschi (a cura di), *Le iperminoranze*, Pensa editore, Lecce 2012
- M.I. Toro Huerta, *El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol.10, n.49, 2010
- A. Torres Romero, *Cultura y educación indígena su marco jurídico en Paraguay*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
- E. Tramontana, *La dimensione collettiva dei diritti dei popoli indigeni nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani: il caso della Comunidad Indígena Sawhoyamaya c./ Paraguay*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.III/2007
- F. Trupia, *Amerindia: la frontiera globale dei beni comuni*, in www.bloglobal.net
- A. Valiente López, *I diritti dei popoli indigeni nella legislazione panamense*, in S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni dell'America latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011
- S. Vezzani, *Bioprospecting nelle Ande: considerazioni in merito alle decisioni 391/1996 e 486/2000 della Comunità Andina*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA (Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008
- C. Victory, *Gobiernos municipales y desarrollo local en Iberoamérica*, Fundació CIDOB, Afers Internacionales, n.47, 1999
- R. Virzo, *In tema di diritti dei popoli indigeni sulle risorse naturali di interesse della comunità internazionale e sulle risorse naturali condivise fra più Stati*, in A. Palmisano e P. Pustorino (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Quaderni IILA

(Istituto Italo-Latinoamericano), Roma 2008

- J.P. Vuotto, *Awas Tingni v. Nicaragua: International precedent for indigenous peoples*, in *Boston University International Law Journal*, 22(1)/2004
- J. Williams, *Maori Land Court: A separate legal system?*, New Zealand Centre of Public law, Wellington 2001
- E.R. Zaffaroni, *Pacha Mama, Sumak Kawsay y Constituciones*, in *Dir. Pubbl. Comp. Ed Eur.*, n.II/2012
- T. Zamudio, *Indígenas con presencia en América*, su www.indigenas.bioetica.org
- L.M. Zapiola, *Pueblos indígenas. Reflexiones jurídicas en torno a la multiculturalidad e el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en los Países independientes respecto de la Republica Argentina*, in peublosindigenas.net

INDICE DI DOCUMENTI E FONTI INTERNAZIONALI CONSULTATE:

- Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, Roma, 4 novembre 1950.
- Convenzione su ambiente e sviluppo, Rio de Janeiro, 5 giugno 1992.
- Convenzione sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969.
- Convenzione sulla diversità biologica, Nairobi, 22 maggio 1992.
- Convenzione interamericana dei diritti umani, San José, 22 novembre 1969.
- Dichiarazione per la liberazione degli indigeni, Barbados, 25-30 gennaio 1971.
- Organizzazione Internazionale del Lavoro, Convenzione per la protezione e l'integrazione degli indigeni e di altre popolazioni tribali e semi-tribali nei Paesi indipendenti, n. 107, Ginevra, 26 giugno 1957.
- Organizzazione Internazionale del Lavoro, Convenzione sui diritti dei popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti, n. 169, Ginevra, 27 giugno

1989.

- Patto costitutivo della Comunità Andina (CAN), Cartagena, maggio 1969.
- Patto costitutivo (Convenzione) della Società delle Nazioni, Parigi, 28 giugno 1919 – 10 gennaio 1920.
- Trattato istitutivo del Mercado Común del Sur (MER.CO.SUR), Asunción, 26 marzo 1991.
- UN (Nazioni Unite), Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, New York, 10 dicembre 1984.
- UN (Nazioni Unite), Global Indigenous Preparatory Conference for the United Nations High Level Plenary Meeting of the General Assembly to be known as the World Conference on Indigenous Peoples, Alta Outcome Document, Alta, 10-12 giugno 2013.
- UN (Nazioni Unite), Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni, New York, 13 settembre 2007.
- UN (Nazioni Unite), Dichiarazione universale dei diritti umani, New York, 10 dicembre 1948.
- UN (Nazioni Unite), Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966.
- UN (Nazioni Unite), Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, New York, 16 dicembre 1966.
- UN (Nazioni Unite), Doc E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8 ("Rapporto Cobo").
- UN (Nazioni Unite), Risoluzione n.1589/1971, Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite.
- UN (Nazioni Unite), Risoluzione n.° 45 del 26 agosto 1994, Sottocommissione per la Prevenzione della Discriminazione e la Protezione delle Minoranze.
- UN (Nazioni Unite), Risoluzione n.° 32 del 3 marzo 1995, Sottocommissione dei Diritti Umani.
- UN (Nazioni Unite), WGIP (Working Group of Indigenous Peoples), 8th

session, doc. E/CN.4/Sub.2/1990/42.

- UN (Nazioni Unite), World Conference on Indigenous Peoples, New York, 22-23 settembre 2014.
- UNESCO (Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura), Convenzione per la salvaguardia del patrimonio immateriale, Parigi, 17 ottobre 2003.
- UNESCO (Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura), Dichiarazione Universale sulla diversità culturale, Parigi, 2 novembre 2001.

INDICE DELLE FONTI NAZIONALI CONSULTATE:

- **Argentina:** Costituzione delle Province Unite di Río de la Plata (1819); Costituzione argentina (1853; rif. 1860; rif. 1949; rif. 1955; rif. 1994); *Código Civil* 1871; *Ley de inmigración y colonización* 1876; Costituzione Provincia di Formosa (1957; rif. 1991); Costituzione Provincia del Chaco (1957; rif. 1994); Costituzione Provincia de La Pampa (1960; rif. 1994); legge della Provincia di Formosa n.426/1984 (*Ley Integral del Aborígen*); legge nazionale n.23302/1985 (*Ley de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes*); Costituzione Provincia di Río Negro (1988); decreto n.155/1989 (*Instituto Nacional de Asuntos Indígenas*); legge nazionale n.24071/1992 (*Ley de aprobación del Convenio OIT n.169/1989*); Costituzione Provincia di Buenos Aires (1994); legge nazionale n.24375/1994 (*Ley de aprobación del convenio sobre la diversidad biológica*); legge nazionale n.24544/1995 (*Ley de aprobación de la constitución del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe*); legge nazionale n.24956/1998 (*Ley de incorporación de la tematica de autoidentificación de identidad y pertenencia a comunidades aborígenes al censo nacional de población y vivienda del año 2000*); decreto n.1086/2005 (*Plan nacional contra la discriminación*); legge nazionale n.26160/2006 (*Ley de emergencia en*

materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de comunidades indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistente); legge nazionale n.26331/2007 (*Ley de protección ambiental de los bosques nativos*); legge nazionale n.26206/2009 (*Ley de educación*); decreto n.700/2010 (*Creación de la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena*); legge nazionale n. 26994/2014 (*Código Civil y Comercial*).

- **Australia:** Commissione Woodward (Relazione di accompagnamento) 1972; *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act* 1977; *Native Title Act* 1993.
- **Bolivia:** Costituzione boliviana (1995); Costituzione boliviana (2009); Codice Civile 2015.
- **Brasile:** *Estatuto do Índio* 1973; Costituzione brasiliana (1988).
- **Canada:** *Royal Proclamation Act* 1763; *British North America (Constitutional) Act* 1867; Costituzione canadese (*Constitution of Canada Act* 1982).
- **Cile:** Codice Civile 1855; Costituzione cilena (1980); legge n.19253/1993 (*Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas*); legge n.20417/2010 (*Modifica de la Ley n.19300 sobre bases generales del Medio Ambiente, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente*); legge n.20473/2010 (*Ley que otorga, transitoriamente, las facultades fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la Comisión señalada en el Artículo 86 de la Ley n.19300*).
- **Colombia:** Costituzione colombiana (1991).
- **Costa Rica:** Costituzione costaricana (1949).
- **Ecuador:** Costituzione ecuadoriana (rif. 2007).
- **Finlandia:** *Finnish Sámi Act* (n.974/1995, riforma n.1026/2003); Costituzione finlandese (*Suomen perustoslaki*, n.731/1999).
- **Guatemala:** Costituzione guatemalteca (1993).

- **Messico:** Costituzione dello Stato di Apatzingan (1814); Costituzione dello Stato dello Yucatán (1840); Costituzione messicana (rif. 2001).
- **Nicaragua:** Costituzione nicaraguense (1987); legge n.49/1988 (*Ley de amparo*); legge n.831/2013 (*Ley de reforma de la Ley de amparo*).
- **Norvegia:** Costituzione norvegese (16 maggio 1814); *Norwegian Sámi Act* 1987.
- **Nuova Zelanda:** *Treaty of Waitangi* 1840; *Native Lands Act* 1865; *Treaty of Waitangi Act* 1975; *Te Ture Whenua Maori Act* 1993.
- **Panama:** decreto n.156/1971 (*Decreto de Gabinete el cual se establece fondo especial de compensación de ayuda para los indígenas del Bayano*); Costituzione panamense (1972; rif. 1983); legge n.24/1996 (*Ley per la cual se crea la comarca Kuna de Madugandi*); legge n.41/1998 (*Ley general de ambiente*); decreto n.305/2002 (*Decreto ejecutivo que establece el licenciamiento previo no automático, para reglamentar la importación de algunas sustancias químicas potencialmente peligrosas*); legge n.72/2008 (*Ley que establece el procedimiento especial para la adjudicación de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas que non estan dentro de las comarcas*); decreto n.687/2008 (*Decreto ejecutivo que implementa y desarrolla la educación bilingue intercultural en los pueblos y comunidades indígenas de Panamá con especial énfasis en la enseñanza de lectoescritura de la lengua materna y espiritualidad de los pueblos indígenas de Panamá*).
- **Paraguay:** I Costituzione paraguaiana (1811); II Costituzione paraguaiana (1844; rif. 1856); III Costituzione paraguaiana (1870); Statuto agrario 1963; IV Costituzione paraguaiana (1967); legge n. 904/1981 (*Estatudo de las Comunidades Indígenas*); legge n. 43/1989 (*Medida de no inovar*); V Costituzione paraguaiana (1992); legge n.234/1993 (*Ley de aprobación del Convenio ILO n.169/1989*); legge n.294/1993 (*Ley de impacto ambiental*); legge n.352/1994 (*Ley de áreas silvestres protegidas*); decreto presidenziale n.3789/1999 (*Declaración de estado de emergencia a la comunidad indígena Sawhoyamaxa*); legge n.1863/2002 (*Estatudo*

agrario); legge n.2775/2005 (rif. Codice Civile); legge n.5194/2014 (*Ley de restitución de las tierras ancestrales a la comunidad indígena Sawhoyamaxa*).

- **Perù:** legge 24 maggio 1845 (*Ley de Amazonía*); Costituzione peruviana (1920); legge n.20653/1974 (*Ley de comunidades nativas y de promoción agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva*); Costituzione peruviana (1979); decreto legislativo n.2/1980 (*Ley de promoción y desarrollo agrario*); legge n.24994/1989 (*Ley de bases para el desarrollo rural de la Amazonía Peruana*); legge 7 settembre 1990 (*Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*); Costituzione peruviana (1993); legge n.26505/1995 (*Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas de las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas*); legge n.26821/1997 (*Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales*); legge n. 26834/1997 (*Ley de áreas naturales protegidas*); legge n.26839/1997 (*Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica*); legge n.29785/2011 (*Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios*).
- **Stati Uniti d'America:** *Royal Proclamation Act* 1763; *Indian Removal Act* 1830; *Dawes Act I* 1887; *Dawes Act II* 1891; *Curtis Act* 1895; *Burke Act* 1906.
- **Svezia:** Costituzione svedese (1974); *Swedish Sámi Act* (o *Sametingslag*) 1992; legge cost. n.2009/10.80.

INDICE DELLE SENTENZE CONSULTATE:

- ***Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat vs. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta.*** Corte Suprema argentina, juicio de amparo, sentenza n.327: 2309 del 2004.
- ***Cherokee Nation v. Georgia.*** Corte Suprema statunitense, 30 US (5 Peters) 1 (1831).

- ***Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi vs. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable.*** Corte Suprema argentina, juicio de amparo, sentencia n.325: 1744 del 2002.
- ***Comunidad Indígena Eben Ezer vs. Provincia de Salta.*** Corte Suprema argentina, juicio de amparo, sentencia n.321: 2119 del 2008.
- ***Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.*** CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 24 agosto 2010. Serie C n°.214.
- ***Comunidad Indígena Sawhoymaxá vs. Paraguay.*** CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 29 marzo 2006. Serie C n°.146.
- ***Comunidad Mapuche - L.R. y S.C. c/ C.R.,I.F. y Otros s/ Acción de nulidad.*** Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral, sentencia del 18 settembre 2014.
- ***Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.*** CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza del 31 agosto 2001, Serie C n°.66 e n°.79.
- ***Confederación Indígena de Neuquén vs. Provincia de Neuquén.*** Corte Suprema argentina, sentencia 2 giugno 2009.
- ***Ex Parte Crow Dog.*** Corte Suprema statunitense, 109 US 1883.
- ***Fermín Mauricio vs. Provincia de Chubut.*** Corte Suprema argentina, caso n. 2061 del 2008.
- ***G and E vs. Norway.*** Commissione europea, comunicazione n°. 9278/81 e 9415/81.
- ***Johnson v. McIntosh.*** Corte Suprema statunitense, 21 US (8 Wheat.) 543 (1823).
- ***Leiva José Eleuterio, Leiva Hugo Alberto, Leiva Valentina Beatriz y Leiva Alicia Rosana s/ acción de amparo.*** Corte Suprema argentina, juicio de amparo, sentencia 3 novembre 2014.
- ***Lof Casiano vs. Provincia de Río Negro.*** Corte Suprema argentina, sentenza 15 luglio 2008.
- ***Lone Wolf v. Hitchcock.*** Corte Suprema statunitense, 187 US 1903.

- *Mabo and Ors v. State of Queensland*. High Court of Australia, 107 ALR 1 HC Mabo n.º2, 1992.
- *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 4 settembre 2012. Serie C n.º.250.
- *Nahuelquir Rosa Sara y Curiñanco Atilio, usurpación Compañía Tierras del Sur Argentina*. Juzgado Letrado de Primera Instancia, n.159-159-03
- *Provincia de Chubut vs. Fermín Mauricio*. Corte Suprema argentina, denuncia de usurpación, sentenza n.331: 1664 del 2008.
- *Provincia de Neuquén vs. Estado Nacional s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza*. Corte Suprema argentina, n. 229 del 2010.
- *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 27 giugno 2012. Serie C n.º.245.
- *Pueblos Indígenas Kuna vs. Panama*. CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 14 ottobre 2014. Serie C n.º. 284.
- *Pueblo Saramaka vs. Suriname*. CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza 28 novembre 2007. Serie C n.º.172 e 185.
- *Relmú Ñamku, Martín Maliqueo, Mauricio Rain s/, tentativa de homicidio y daño agravado*. Juzgado de Primera Instancia, 2013.
- *Salas Dino y otros vs. Provincia de Salta y Estado Nacional*. Corte Suprema argentina, juicio de amparo s/, decreto del 26 marzo 2009.
- *Selbu*. Corte Suprema della Norvegia, Norske Retsidende, n. 759 del 2001.
- *Svartskog*. Corte Suprema della Norvegia, Norske Retsidende, n. 1229 del 2001.
- *Talton v. Mayes*. Corte Suprema statunitense, 163 US 1896.
- *United States v. McBratney*. Corte Suprema statunitense, 104 US 1881.
- *Yakye Axa vs. Paraguay*. CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentenza del 17 giugno 2005. Serie C n.º.125 e 142.

- *Williams v. Lee*. Corte Suprema statunitense, 358 US 217 (1959).
- *Worcester v. Georgia*. Corte Suprema statunitense, 31 US (6 Pet.) 515 (1832).

SITOGRAFIA:

- bibliotecadigital.csjn.gov.ar
- chaco.gov.ar.
- federalismi.it.
- formosa.gov.ar.
- gob.gba.gov.ar.
- indec.mecon.ar.
- iwgia.org.
- jus.gob.ar.
- lapampa.gov.ar.
- leyes-ar.com
- leyes-cl.com
- odhpi.org.
- organojudicial.gob.pa.
- paraguay.justia.com
- pueblosindigenas.net.
- rionegro.gov.ar.
- stortinget.no.
- unsr.org.
- www.abayayala.nativeweb.org.
- www.alartanet.org.
- www.amnesty.org.
- www.asambleanacional.gov.ec
- www.argentina.it
- www.bacn.gov.py

- www.bcn.cl
- www.bloglobal.net
- www.casarosada.gob.ar
- www.clc.org.au
- www.congreso.gob.pe
- www.corteidh.org.cr
- www.csjn.gov.ar
- www.derechosindigenas.org
- www.desarillosocial.gob.ar
- www.dirittifondamentali.it
- www.federalismi.it
- www.francoangeli.it/riviste
- www.galdu.org
- www.gov.bo
- www.iadb.org
- www.icrc.org
- www.ilo.org
- www.indigenas.bioetica.org
- www.iniciativa-amotocodie.org
- www.iwgia.net
- www.justiceinitiative.org
- www.leyes.com.py
- www.mapuche-nation.org
- www.mep.go.cr
- www.nfsa.gov.au
- www.oas.org
- www.ohchr.org
- www.odhpi.org
- www.pagina12.com.ar
- www.parlatino.org

- www.portalguarani.com
- www.reconciliation.org.au
- www.redindigena.net
- www.repubblica.it
- www.rime.to.cnr.it
- www.samicouncil.net
- www.stf.jus.br
- www.survival.it
- www.turbolence.org.uk
- www.unesco.org
- www.unicef.org
- www.unisi.it